Die vorbeabsichtigte Nachgründung im deutschen Aktienrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Arthur Taubert

Referendar bacc. iur. in Dresden.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Meinem Vater

Herrn Justizrat Edmund Taubert

in Dankbarkeit und Verehrung gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546818_0086

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die einfache Nachgründung, insbesondere im Verhältnis zum Gründungsübernahmevertrag	2
§ 3.	Die qualifizierte oder vorbeabsichtigte Nachgründung	6
§ 4.	Die Gründungsübernahmeverträge mit besonderer Berücksichtigung der Unwirksamkeit im Sinne des § 186 Abs. 4	9
§ 5.	Die Natur der Nachgründungsverträge	15
§ 6.	Der Begriff der „Gründervereinbarung“	17
§ 7.	Überblick über die Literatur	20
§ 8.	Die Ansicht Staubs	21
§ 9.	Pinners Meinung	22
§ 10.	Die Ansicht Makowers und Loewenfelds	23
§ 11.	Die Theorie Fischers	25
§ 12.	Die Rechtsprechung	27
§ 13.	Das Prinzip der Vorschriften über die Nachgründung	32
§ 14.	Die Frage der „Gesetzesumgehung“	44
§ 15.	Ergebnis	47
§ 16.	Schlußbetrachtung	56

Literaturverzeichnis.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Erlangen 1885.

Bauers Zeitschrift für Aktiengesellschaften. Leipzig.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1886.

Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Buschs Archiv für Handels- und Wechselrecht. Bd. 44, enthaltend die allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Berlin 1883.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Allgemeine Lehren des bürgerlichen Rechts. Halle 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, aufgestellt im Reichsjustizamt. Berlin 1896. Karl Heymanns Verlag. (zit.: Heymann.)

Fischer, Verschleierte Sachgründung. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1912 Nr. 819.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 9. Aufl. Leipzig 1908.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Lehrbuch. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gareis, Handelsgesetzbuch, Handausgabe. 4. Aufl. München 1909.

Gareis-Fuchsberger, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Berlin 1905.

Haußmann, Die Gründung der Aktiengesellschaft. Halle 1911.

Hergenhahn, Berufung und Tätigkeit der Generalversammlung. Berlin 1888.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Berlin.

Johow-Ring, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Berlin.

Jacobi, Welche Rechte stehen der Aktiengesellschaft gegenüber demjenigen zu, der an sie Übernahmeobjekte im Sinne des § 186 HGB. veräußert hat, deren Erwerb durch das Statut nicht gedeckt ist? Abgedruckt in der Leipziger Zeitschrift 1909 S. 222 ff.

Juristische Wochenschrift. Berlin.

Kayser, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 18. 7. 1884. 2. Aufl. Berlin 1891.

Krüger, Die Nachgründung im deutschen Aktienrecht. Borna-Leipzig 1903.

Lehmann, Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1913.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1913.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

Litthauer, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1905.
Loewenfeld, Rechtsgutachten. München 1909. (Als Manuskript gedruckt.)
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.
Mugdan u. **Falkmann,** Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Leipzig.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. Berlin.
Petersen-Pechmann, Das Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Leipzig 1890.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Berlin 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1903.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1893.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum bürgerlichen Recht. 2. Aufl. Berlin 1913.
Ring, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. 2. Aufl. Berlin 1893.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1910.
Schmidt, Die zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit. München 1888.
Silbernagel, Die Gründung der Aktiengesellschaft. Berlin 1907.
Soergel, Das Recht. München. (zit.: Recht.)
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 12. Aufl. Leipzig 1905.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl., bearbeitet von Könige, Pinner, Bondi. Berlin 1912. (zit.: Staub oder Staub-Pinner.)
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl. München und Berlin 1912.
Völderndorff, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Erlangen 1885.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Erg.-Bd. Leipzig.
Willenbücher, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Abkürzungen.

ADHGB. = Allgem. deutsches Handelsgesetzbuch.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
EG. = Einführungsgesetz.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KGJ. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
LZ. = Leipziger Zeitschrift.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB.), Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des (neuen) Handelsgesetzbuchs (HGB.).

Einleitung.

§ 1.

Die Erfahrung hatte gelehrt, daß die zahlreichen und so unheilvollen Zusammenbrüche von Aktiengesellschaften innerhalb der sogen. Gründerperiode der Jahre 1871—1875 ihre Ursache vorwiegend darin gehabt hatten, daß unterwertige industrielle Etablissements und andere Vermögensgegenstände zur Gründung benutzt und oft erst erworben worden waren, um sie der eigens zu diesem Zwecke errichteten Gesellschaft zu einem den wahren Wert erheblich übersteigenden Preise zu übertragen und die Differenz als Gründerlohn einzuernten.[1])

Die Aktiennovelle v. 18. 7. 1884, auf deren Standpunkt das jetzige Handelsgesetzbuch in allen prinzipiellen Punkten stehen geblieben ist, wandte deshalb der „Sacheinlage“ und der „Sachübernahme“ als den Formen, in denen die Überleitung einer industriellen Anlage in eine Aktiengesellschaft erfolgen kann, ganz besondere Aufmerksamkeit zu. Insbesondere gestaltete sie die Vorschriften über die Gründung sorgfältig aus in einer Reihe von Schutzmaßregeln, welche darauf abzielen, den Gründungshergang mit allen seinen Einzelheiten möglichst von Anfang an offen zu legen und die erwähnten Mißbräuche durch den Zwang zu gründlicher Prüfung und eine streng durchgeführte zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer und Gründergenossen nach Möglichkeit einzudämmen.

Die Wirksamkeit dieser Schutzbestimmungen beschränkt sich auf die w ä h r e n d des Gründungsstadiums getroffenen Abkommen. Mit der Eintragung in das Handelsregister ist der Einfluß der

[1]) vgl. RGSt. Bd. 18 S. 108, 112 f.

Gründer auf die Gesellschaft und ihre Organe aber erfahrungsgemäß noch nicht erloschen. Es besteht deshalb die Gefahr, daß die Gründer, um die für Sacheinlagen und Sachübernahmen während des Gründungszeitraumes getroffenen Bestimmungen zu umgehen, zunächst eine reine Geldgesellschaft errichten und nach erfolgter Registrierung den Vorstand zum Abschlusse eines schon im Gründungsstadium geplanten und vorbereiteten Erwerbsvertrags bestimmen. Auf Grund solcher Erwägungen[2]) unterstellt das Gesetz auch die nach der Eintragung geschlossenen Verträge der Gesellschaft in §§ 207, 208 erschwerten Bedingungen.

Diese Fälle werden unter dem Begriff der „Nachgründung" zusammengefaßt. Der Ausdruck selbst ist zwar dem Gesetzestext fremd, wird aber in den Motiven[3]) gebraucht und hat sich in Literatur und Praxis allgemein eingebürgert. Man unterscheidet[4]) zwei Arten der Nachgründung, die „einfache Nachgründung", für deren Anwendung es gleichgültig ist, ob der Verdacht der Gründerbeeinflussung begründet ist oder nicht (§ 207), und die „qualifizierte Nachgründung", die stets eine Umgehung des Gesetzes bedeutet (§ 208). Die letztere wird in der vorliegenden Abhandlung auch als „vorbeabsichtigte Nachgründung" bezeichnet.

§ 2.

Die einfache Nachgründung, insbesondere im Verhältnis zum Gründungsübernahmevertrag.

Die einfache Nachgründung ist ein vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossener Vertrag der Gesellschaft, nach dem sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll (§ 207 Abs. 1).

---

[2]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 199.
[3]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 199.
[4]) Krüger S. 5/6.

I. Die Nachgründungsvorschriften haben, wie im vorhergehenden Paragraphen ausgeführt, den Zweck, die Umgehung der Gründungskautelen nach Möglichkeit zu verhüten. Das beste Mittel hierzu war natürlich, die Verträge ähnlichen Bestimmungen zu unterwerfen, wie sie für Übernahmeverträge im Gründungszeitraume gegeben sind.[1]) Beide Materien sind denn auch vom Gesetz gleichartig geregelt:

1. Ebenso wie der Gründungsübernahmevertrag, wenn er nicht die vorschriftsmäßige Festsetzung im Gesellschaftsstatut gefunden hat, der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist (§ 186 Abs. 4), hat der einfache Nachgründungsvertrag keinerlei Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft, falls die Zustimmung der Generalversammlung nicht erfolgt (§ 207 Abs. 1).

Wie durch die Aufnahme der Gründungsübernahmeverträge im Statut dafür Sorge getragen werden soll, daß „eine Belegung des Grundkapitals durch nicht in barem Gelde bestehende Vermögensobjekte für alle wirklich Beteiligten erkennbar und zum Gegenstand bewußter Entschließung gemacht wird“,[2]) so sollen durch das Erfordernis eines Generalversammlungsbeschlusses bei der einfachen Nachgründung die Aktionäre vor Überrumpelung geschützt werden.

2. Beide Arten von Verträgen sind einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, über das Ergebnis der Prüfung ist Bericht zu erstatten (§§ 192, 193 Abs. 2, § 207 Abs. 2).

3. Die Berichte sind nebst ihren urkundlichen Unterlagen zum Handelsregister einzureichen (§§ 195, 207 Abs. 4).

II. Auch bei der einfachen Nachgründung geht der Gesetzgeber, wie wir gesehen haben, von der Annahme aus, daß der Vertragsschluß unter präsumtiver Gründerbeeinflussung erfolgt, sich materiell also als eine Gründungshandlung darstellt.[3]) In strenger Konsequenz dieses Gedankens hätte er auch für die einfachen Nachgründungsverträge das Erfordernis der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag aufstellen müssen. Eine solche Aufnahme

---

[1]) vgl. allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 199.
[2]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 149.
[3]) Krüger S. 4/5.

könnte, da ja der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag bereits festgestellt ist, nur im Wege einer Statutenänderung erfolgen. Eine Statutenänderung könnte aber nur von der Generalversammlung (§ 274) mit einer Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beschlossen werden (§ 275). Sowohl das Erfordernis der Zustimmung der Generalversammlung als das der Dreiviertelmehrheit ist auch bei der einfachen Nachgründung aufgestellt (§ 207 Abs. 1 u. 3). Wenn sich der Gesetzgeber bei diesen materiellen Erfordernissen einer Statutenänderung begnügt hat, ohne eine formelle Abänderung des Gesellschaftsvertrags selbst zu verlangen, so war der leitende Grundgedanke wohl der, den laufenden Geschäftsbetrieb nicht mehr zu beschweren, als im unbedingten Interesse der Gesellschaft geboten erscheint.[4])

III. Aus dem gleichen Gedanken ist das Anwendungsgebiet der einfachen Nachgründungsbestimmungen auch sonst mehrfach beschränkt worden:

a) Sie finden nur auf die innerhalb der ersten 2 Jahre nach der Eintragung in das Handelsregister geschlossenen Verträge Anwendung, weil nach Ablauf dieser Frist die Gesellschaft erfahrungsgemäß von der Herrschaft der Gründer befreit ist.[5]) Weil umgekehrt dieser präsumtive Gründereinfluß in dem ersten Jahre nach der Eintragung am stärksten ist, in dem ersten Jahre nach der Registrierung sonach eine noch größere Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Gründerbeeinflussung spricht, hat das Gesetz für diesen Zeitraum strengere Bedingungen aufgestellt, indem es außer der auch für das zweite Jahr erforderlichen Dreiviertelmehrheit noch verlangt, daß die Anteile der zustimmenden Mehrheit ein Viertel des gesamten Grundkapitals darstellen müssen (§ 207 Abs. 3 Satz 2).

b) Der Kreis der vom § 207 betroffenen Vertragsobjekte ist enger gefaßt als der in § 186. Während letzterer Vermögensgegenstände schlechthin seiner Wirksamkeit unterstellt und vorhandene oder herzustellende Anlagen nur beispielsweise nennt,

---

[4]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 200.

[5]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 193.

werden von den erschwerenden Bedingungen des § 207 nur „vorhandene oder herzustellende Anlagen und unbewegliche Gegenstände“ betroffen, also Objekte, die ihrer Natur nach längere Zeit der Gesellschaft zu dienen bestimmt sind und durch diese Eigenschaft schon an sich den Verdacht erwecken, daß es sich bei ihrem Erwerb um nachträgliche Gründungsvorgänge handele.[6])

c) Nicht Anlagen und unbewegliche Gegenstände schlechthin unterfallen den Vorschriften des § 207, sondern nur solche, die eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erfordern. Natürlich sind Sukzessivanschaffungen über an sich zusammengehörende Gegenstände, deren Vergütung, einzeln genommen, den zehnten Teil des Grundkapitals nicht übersteigt, von der Vorschrift des § 207 Abs. 1 nicht ausgenommen. Die betreffenden Verträge würden, falls sich die Absicht der Gesetzesumgehung nachweisen ließe, ungültig sein.[7])

d) Bildet der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens, wie bei Bau- und Terraingesellschaften, welche die Grundstücke zur Weiterveräußerung, mithin als Ware erwerben, so trifft die vom Gesetzgeber aufgestellte Vermutung regelmäßig nicht zu. Deshalb ist dieser Fall auch von den Erschwerungen der einfachen Nachgründungsverträge ausgenommen (§ 207 Abs. 5). Diese Ausnahmevorschrift kann natürlich nur zur Anwendung gelangen, wenn das Unternehmen sich generell mit Grundstückserwerb und -veräußerung befaßt, so daß der besondere Erwerb gewisser für den sonstigen Geschäftsbetrieb erforderlicher Immobilien von der Erleichterung des § 207 Abs. 5 ausgeschlossen ist.[8])

e) Aus praktischen Gründen ist schließlich noch der Erwerb von Grundstücken im Wege der Zwangsversteigerung von den Erschwerungen ausgenommen (§ 207 Abs. 5 letzter Satz). Doch ist diese Vorschrift einschränkend dahin auszulegen, daß sie nur bei Zwangsversteigerungen Platz greift, bei denen die Gesell-

---

[6]) Krüger S. 13.

[7]) Behrend S. 899 Anm. 6; Pinner S. 84; Ring § 207 Nr. 4; Goldmann S. 893 Nr. 4.

[8]) Staub S. 784 Anm. 10; Behrend S. 900 Anm. 14; Goldmann S. 895 Nr. 21; Pinner S. 86.

schaft selbst beteiligt ist, wenn auch nicht als betreibende Gläubigerin.[9])

IV. Sollte die das Gesetz beherrschende Vermutung einer Gründerbeeinflussung auch einmal nicht zutreffen, so dürfte doch nicht zu leugnen sein, daß in einem derartig frühen Zeitraume vorgenommene Erwerbsgeschäfte der Gesellschaft über Gegenstände, die dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind und ein derart hohes Äquivalent verlangen, jedenfalls im wirtschaftlichen Erfolge einer Gründungshandlung gleichkommen. Es war deshalb kein gesetzgeberischer Mißgriff, sie auch in juristischer Beziehung den Gründungsübernahmeverträgen anzupassen.[10])

§ 3.

Die qualifizierte oder vorbeabsichtigte Nachgründung.

Die qualifizierte Nachgründung ist ein Vertrag der Gesellschaft, der vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und in Ausführung einer von Gründern vor der Eintragung getroffenen Vereinbarung geschlossen wird und gerichtet ist auf den Erwerb von Vermögensgegenständen schlechthin (§ 208).

I. Sie hat mit der im vorstehenden dargelegten einfachen Nachgründung gemein, daß beide von der Gesellschaft geschlossene, auf Erwerb von Gegenständen gerichtete Verträge sind, sowie, daß beide Arten von Verträgen vor Ablauf von zwei Jahren seit der Registrierung der Gesellschaft geschlossen werden.

Während aber bei der einfachen Nachgründung nur die Vermutung einer Gründerbeeinflussung besteht und es bei Anwendung der betreffenden Vorschriften nicht darauf ankommt, ob der Verdacht begründet ist oder nicht, muß bei der qualifizierten Nachgründung der Nachweis erbracht werden, daß der Vertrag „in Ausführung einer vor der Eintragung der

---

[9]) Pinner S. 86; Goldmann S. 895 Nr. 23; Ritter S. 258 Nr. 8b; Staub S. 784 Anm. 11; Makower S. 534 Ib Ziff. 3.

[10]) Krüger S. 19.

Gesellschaft in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung“ geschlossen worden ist (§ 208). Während das Anwendungsgebiet der einfachen Nachgründungsvorschriften auf Anlagen und Immobilien, die für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erworben werden sollen, beschränkt bleibt, umfaßt die vorbeabsichtigte Nachgründung analog dem § 186 Vermögensgegenstände schlechthin.

II. Für die qualifizierten Nachgründungsverträge ordnet das Gesetz in § 208 eine verstärkte Haftung an: Es sollen in betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§ 202, 205, 206 zur Anwendung kommen.

1. Wenn in betreff des Umfangs der Haftung aus § 208 auf die Vorschriften des § 202 verwiesen wird, so betrifft dies doch — da es sich weder um Angaben der Gründer in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals oder in Ansehung der in § 186 vorgesehenen Festsetzungen (§ 202 Abs. 1 Satz 1), noch auch um einen der Gesellschaft durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs entstandenen Ausfall (§ 202 Abs. 3) handelt [1]) — nur den Fall einer böslichen Schädigung der Gesellschaft durch Übernahmen (§ 202 Abs. 1 Satz 2). Hieraus ergibt sich über den Umfang der Haftung aus § 208 folgendes:

a) Wird die Gesellschaft von Gründern durch vorbeabsichtigte Nachgründungen böslicherweise geschädigt, so sind die Gründer als Gesamtschuldner schadensersatzpflichtig (§ 202 Abs. 1 Satz 2). Unter böslichem Handeln ist Vorsatz und „frevelhafter Leichtsinn“ (luxuria) zu verstehen, welcher zwar die Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber der mit dem Handeln verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht unterläßt. [2])

b) Die Haftung tritt nur für die an der böslichen Absicht beteiligten Gründer ein; die Teilnahme wird aber präsumiert, so daß es den einzelnen Gründern obliegt, den Exkulpationsbeweis zu führen (§ 202 Abs. 2).

---

[1]) Staub S. 785 Anm. 4; Pinner S. 87; Makower S. 537 III; Ring S. 337 Anm. 5; Goldmann S. 897 Nr. 7; Krüger S. 48/49.

[2]) vgl. RG. Bd. 7 S. 125; Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 189.

c) Mit den Gründern sind der Gesellschaft die Gründergenossen, welche zur Schädigung wissentlich mitgewirkt haben, zum Schadensersatz als Gesamtschuldner verpflichtet (§ 202 Abs. 4 Ziff. 2).

Die Geltendmachung des Regresses gegen die Gründer und Gründergenossen erfolgt nach §§ 268, 269. Die Folge der Verantwortlichkeit ist, daß die ersatzpflichtigen Personen für allen der Gesellschaft entstandenen Schaden aufzukommen haben. Der zu ersetzende Schaden bestimmt sich nach bürgerlichem Recht, umfaßt sonach auch den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB.).

2. Der vom Gesetz weiter für anwendbar erklärte § 205 besagt, daß Vergleiche oder Verzichtleistungen über die genannten Schadensersatzansprüche erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und auch dann nur unter den vom Gesetz normierten Bedingungen zulässig sind. Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß die Haftungsbestimmungen sonst leicht dadurch illusorisch gemacht werden könnten, daß sich die verantwortlichen Personen tunlichst schleunig von der Generalversammlung Entlastung erteilen lassen. Das wäre um so leichter zu ermöglichen, als in der Zeit kurz nach der Gründung der Einfluß der Gründer auf die Gesellschaft ganz erheblich überwiegt und die Gesellschaft meist nur aus Personen besteht, gegen welche sich die Ersatzansprüche richten würden.[3]) Da sich die vom Gesetz normierte Frist mit der ebenfalls auf fünf Jahre bemessenen Verjährungsfrist (§ 206) deckt, kommt die Vorschrift des § 205 praktisch darauf hinaus, daß Vergleiche und Verzichtleistungen erst nach eingetretener Verjährung zulässig sind, dafern die Verjährung nicht gehemmt oder unterbrochen worden ist.[4]) Die aus praktischen Gründen getroffene Ausnahmebestimmung des § 205 Satz 2, daß die zeitliche Beschränkung keine Anwendung finden soll, wenn sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung eines Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht, gilt natürlich auch für die qualifizierten Nachgründungsverträge.

[3]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 198.

[4]) Brand S. 534, 3a; Makower S. 532 IIIa.

3. Die Anwendbarkeit des § 206 endlich, wonach die genannten Ansprüche in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft an verjähren, ist nach den Motiven[5]) ein Ausfluß des Gedankens, daß man die verantwortlichen Personen nicht in zu langer Schwebe vor der Besorgnis einer Verfolgung lassen dürfe. Mit Recht bemerkt hierzu Krüger,[6]) daß bei einer böslichen Schädigung der Gesellschaft gar kein Grund vorliege, die Täter milde zu behandeln und sie von einer Besorgnis zu befreien. Immerhin dürfte der gesetzlichen Regelung aus andern Gründen beizupflichten sein: Durch die kurze Verjährungsfrist soll verhindert werden, daß nach Ablauf längerer Zeit durch Zurückgreifen auf längst bekannt gewordene Gründungsvorgänge ein erhebliches Moment der Unruhe in das Geschäftsleben eingeführt wird.[7])

III. Der Gesetzgeber hat, wie wir gesehen haben, die einfachen Nachgründungsverträge einer ausführlichen Regelung unterworfen und insbesondere genaue Bestimmungen über ihre Wirksamkeit getroffen. Bei der qualifizierten Nachgründung statuiert das Gesetz dagegen, wie es scheint, nur eine der Gründerhaftung analoge Verantwortlichkeit wegen böslicher Schädigung der Gesellschaft, ohne auf die Frage der Wirksamkeit der Verträge selbst einzugehen. Zu dieser in Literatur und Rechtsprechung nicht unstreitigen Frage soll im nachstehenden des näheren Stellung genommen werden.

§ 4.

Die Gründungsübernahmeverträge mit besonderer Berücksichtigung der Unwirksamkeit im Sinne des § 186 Abs. 4.

I. Der Gründungsübernahmevertrag ist im Gegensatz zur Sacheinlage ein vom Mitgliedschaftsverhältnis unabhängiger besonderer Vertrag auf Überlassung von Vermögensgegenständen an die Gesellschaft, der je nach seinem Inhalt ein Kauf-, Tausch-,

[5]) KommBer. von 1884 S. 13.
[6]) S. 59.
[7]) vgl. Jacobi S. 227.

Werkvertrag usw. sein kann. Er ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen und muß z. B., wenn er den Erwerb von Eigentum an einem Grundstücke zum Gegenstand hat, den Formvorschriften des § 313 BGB. entsprechen. Daß er in allen Fällen schriftlich abgeschlossen werden muß, beruht auf der besonderen Vorschrift des § 195 Abs. 2 Ziff. 2, wonach die der Übernahme zugrunde liegenden Verträge bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister mit einzureichen sind. Die in § 186 Abs. 2 geforderten Festsetzungen stellen sonach nicht den Übernahmevertrag selbst dar, sondern sind lediglich ein Willensakt der entstehenden Gesellschaft bezüglich des zur Übernahme bestimmten Vertrags: Indem die Feststeller des Gesellschaftsvertrags in diesem die Person des Überlassers, den Gegenstand und den Preis der Übernahme „festsetzen" und auf Grund des so festgestellten Gesellschaftsvertrags die Gesellschaft errichtet wird, eignet sich diese den Übernahmevertrag zu Recht und Pflicht an.[1]) Ein Gründungsübernahmevertrag zerfällt sonach in zwei Bestandteile: erstens den zur Übernahme bestimmten Erwerbsvertrag und zweitens dessen gesetzmäßige Festsetzung im Gesellschaftsvertrag. Solange der zweite Akt noch nicht erfolgt ist, wirkt der erstere nicht gegenüber der Gesellschaft (§ 186 Abs. 4), weil eben ein Teil des gesetzlichen Gesamttatbestandes eines Gründungsübernahmevertrags nicht erfüllt ist.[2])

II. Das Gesetz geht also von der Annahme aus, daß grundsätzlich, wenn die Übernahme von Gegenständen beabsichtigt ist, zunächst der Vertrag mit dem künftigen Sachüberlasser und dann erst der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wird, in welchem die wesentlichen Punkte des Erwerbsgeschäfts festgesetzt werden. Hieraus erhellt, daß die Gründer die Macht, die zukünftige Aktiengesellschaft mit ihrer Entstehung durch Übernahmeverträge zu berechtigen und zu verpflichten, nur so lange haben, als ein Gründungsübernahmevertrag im technischen Sinne noch möglich ist. Ein Gründungsübernahmevertrag kann nach dem Wortlaute

---

[1]) Loewenfeld S. 5.
[2]) Loewenfeld S. 4.

des Gesetzes (§ 186 Abs. 2) aber nur für die „zu errichtende Gesellschaft“ abgeschlossen werden. Errichtet ist die Gesellschaft bei der Simultangründung (§ 188) mit der Übernahme der Aktien durch die Gründer, bei der Sukzessivgründung (§ 196) durch Beschluß der konstituierenden Generalversammlung. Nur bis zur Errichtung sind die Gründer sonach gesetzlich befugt, einen zur Übernahme bestimmten Erwerbsvertrag für die Gesellschaft abzuschließen. Zwar können die Gründer auch nach der Errichtung noch als die gesetzlichen Vertreter der entstehenden Gesellschaft erachtet werden, aber nur für diejenigen Aufgaben, welche die Entstehung der Gesellschaft selbst vorbereiten. So haben sie bei der Simultangründung den ersten Aufsichtsrat zu bestellen (§ 190 Abs. 1), bei der Sukzessivgründung eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrats zu berufen (§ 190 Abs. 2), im Falle des § 186 Abs. 2 den Gründerbericht zu erstatten (§ 191), bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister mitzuwirken (§ 195 Abs. 1). Zum Abschluß von Rechtsgeschäften, welche mit der Vorbereitung der Eintragung nichts zu tun haben, sondern den Geschäftsbetrieb der künftigen Aktiengesellschaft antizipieren, sind sie oder die etwa schon bestellten Gesellschaftsorgane dagegen nicht mehr legitimiert.

III. Schließen nicht alle Gründer den zur Übernahme bestimmten Vertrag, oder zwar alle Gründer, aber erst nach der Errichtung bis zur Entstehung der Gesellschaft (§ 200), in einem Zeitraume also, wo sie hierzu nicht mehr gesetzlich ermächtigt waren, so überschreiten sie die ihnen in bezug auf Sachübernahmen zustehende Vertretungsmacht und handeln sonach als „Vertreter ohne Vertretungsmacht“. Über diese Rechtsform enthält das jetzige Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen, da die Art. 55, 298 ADHGB. in Wegfall gekommen sind. Gemäß Art. 2 EG. z. HGB. sind auf das Verhältnis der Gesellschaft zu dem Drittkontrahenten sonach §§ 177 ff. BGB. anzuwenden. Die Wirksamkeit des Vertrags gegenüber der Gesellschaft hängt also von ihrer Genehmigung ab. Das Rechtsgeschäft befindet sich, solange die Entscheidung, ob die Genehmigung erteilt werde oder nicht, noch nicht gefallen ist, der Gesellschaft

gegenüber in der Schwebe. Die erteilte Genehmigung macht den Vertrag mit rückwirkender Kraft wirksam (§ 182 BGB.), ihre Verweigerung zerstört die Möglichkeit eines Wirksamwerdens gegenüber der Gesellschaft. Man kann bis dahin sonach mit Staudinger[3]) von einer „schwebenden Unwirksamkeit" sprechen. Aber auch während dieses Stadiums und für den Fall, daß durch die Verweigerung der Genehmigung ein Wirksamwerden gegenüber der Gesellschaft nicht mehr möglich ist, wirkt der Vertrag, wenn er sonst gültig zustande gekommen ist, gegenüber den Gründern, die ihn abgeschlossen haben, und ihrem Gegenkontrahenten. Das folgt schon aus dem Gesetzestext selbst, welcher von einer Unwirksamkeit nur „gegenüber der Gesellschaft" spricht, und der ratio legis, welche die künftige Aktiengesellschaft, nicht aber die Vertragsparteien, vor Schädigungen schützen will. Diesen seinen Willen hat der Gesetzgeber in den Motiven[4]) zu unsrer Gesetzesstelle noch wie folgt besonders zum Ausdrucke gebracht: „Inwieweit ein für die Gesellschaft nicht verbindliches Abkommen zwischen den Gründern und deren Kontrahenten eine rechtliche Wirkung äußert, mag sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts entscheiden. In dieser Richtung nach dem Vorbilde des Art. 180 Abs. 3 der bisherigen Fassung weiterzugehen und dem Abkommen jede rechtliche Wirkung zu versagen, kann sich vom Standpunkt einer Fürsorge für die Interessen der Gesellschaft nicht rechtfertigen. Umgekehrt erhält der Gründer dadurch, daß er durch das namens der Gesellschaft abgegebene Versprechen sich selbst verantwortlich macht, wenn er die vorgeschriebene Aufnahme desselben in den Gesellschaftsvertrag unterläßt, den Antrieb, diese Aufnahme zu bewirken". Der Vertrag ist also wirksam und nur in einer bestimmten Richtung, nämlich gegenüber der Gesellschaft, in seiner Wirksamkeit beschränkt.[5]) Die Unwirksamkeit des § 186 Abs. 4 ist also eine relative.

[3]) Bd. 1 S. 399.

[4]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 152.

[5]) Loewenfeld S. 14; Anschütz-Völderndorff S. 416 V; Lehmann-Ring S. 23 Nr. 4; Ritter S. 236; Ring S. 215 Nr. 11; Makower S. 484 VI.

IV. Zu Unrecht also behaupten Staub-Pinner[6]) und mit ihnen Gareis[7]) im Anschluß an das Reichsgericht (JW. 1904 S. 182 Nr. 29), unwirksam sei hier gleichbedeutend mit „nichtig". Nichtig ist vielmehr ein Rechtsgeschäft, das die gewollte oder dem Anscheine nach gewollte Wirkung überhaupt nicht herbeiführt, ein nichtiges Rechtsgeschäft ist in Ansehung des gewollten Erfolgs ebenso anzusehen, als wenn es gar nicht vorgenommen worden wäre.[8]) Cosack[9]) kennt zwar auch eine „relative Nichtigkeit" im Sinne der relativen Unwirksamkeit, und entsprechend bezeichnen einige Schriftsteller des Aktienrechts[10]) die Unwirksamkeit des § 186 als relative Nichtigkeit. Dieser Sprachgebrauch dürfte aber nicht zu billigen sein und wird mit Recht von Endemann[11]) und Crome[12]) bekämpft; denn was nicht vorhanden ist, kann auch nicht in einigen Beziehungen wirken, und eine Nichtigkeit, die für den einen vorhanden ist, für den andern nicht, erscheint als ein „in sich verkehrter Begriff".[13])

Für die Richtigkeit unserer Terminologie spricht auch die Neuredaktion der Konkursordnung, deren früherer § 6 die von dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen als den Konkursgläubigern gegenüber „nichtig" bezeichnete, während diese Rechtshandlungen im entsprechenden jetzigen § 7 den Konkursgläubigern gegenüber „unwirksam" genannt werden.

V. Die zur Übernahme bestimmten Verträge, welche nicht in der vorgeschriebenen Weise im Gesellschaftsvertrag festgesetzt worden sind, sind also nicht nichtig, auch nicht relativ nichtig, sondern relativ, d. h. der Gesellschaft gegenüber un-

---

[6]) S. 722 Anm. 16 u. S. 781 Einl. zu § 207.

[7]) Handausg. S. 181 Anm. 11.

[8]) Staudinger Bd. 1 S. 394 Ziff. 2a; Planck Bd. 1 S. 182; Sohm S. 207 III; Endemann S. 366 Ziff. 1.

[9]) BGB. Bd. 1 S. 173 IV Ziff. 3.

[10]) Kayser S. 79 Nr. 20; Jacobi S. 225d.

[11]) Bd. 1 S. 370 Anm. 22.

[12]) Bd. 1 § 80 S. 350 Anm. 31.

[13]) Loewenfeld S. 14.

wirksam. Die Gründer, welche den Vertrag für die Gesellschaft abgeschlossen haben, und ihre Gegenkontrahenten — letztere abgesehen von einem ihnen etwa nach § 178 BGB. zustehenden Widerrufsrecht — sind an die Verträge gebunden. Da Staub-Pinner den Fall der Nichtigkeit für gegeben halten, verneinen sie auch jede Gebundenheit der Parteien an die Verträge[14]) und wenden folgerichtig die Grundsätze der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte (§ 141 BGB.) auf den Fall des § 186 Abs. 4 an.[15]) Ihre diesbezüglichen Ausführungen beruhen aber auf falscher Grundlage, da die Verträge eben nicht nichtig, sondern nur im vorstehend dargetanen Sinne unwirksam sind. Ein erneuter Vertragsschluß, wie im Falle der Nichtigkeit, ist insbesondere zum Wirksamwerden gegenüber der Gesellschaft nicht erforderlich.

VI. Über die Form, in der die hiernach erforderliche Genehmigung seitens der Gesellschaft zu erfolgen hat, ergibt sich aus § 186 und seiner Entstehungsgeschichte folgendes: Das Gesetz bezweckt den Schutz der werdenden Aktiengesellschaft gegen Schädigungen im Gründungszeitraume. Diesen Schutz gewährt der Gesetzgeber mittelbar dadurch, daß er allen Beteiligten über die wahren wirtschaftlichen Unterlagen der Gesellschaft volle Klarheit verschafft. Dazu dient die in § 186 vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrag. An sich wäre es wohl denkbar, daß die Gründer ihren Willen, einem Übernahmevertrag für die Gesellschaft Wirkung zu verleihen, auch außerhalb des eigentlichen Gesellschaftsvertrags erklären könnten. Nach der zwingenden Vorschrift des § 186 Abs. 2 kann diese Erklärung rechtswirksam aber nur im Gesellschaftsvertrag abgegeben werden. Hieraus folgt, daß die Genehmigung eines nicht gesetzmäßig festgesetzten Abkommens auf Erwerb von Vermögensgegenständen durch die künftige Aktiengesellschaft ebenfalls nicht nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts formlos, auch nicht durch einen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung gemäß § 207, sondern nur

---

[14]) S. 722 Anm. 16.
[15]) S. 723 Anm. 18.

in den Formen des § 186 Abs. 2, also durch Festsetzung im Gesellschaftsvertrag, erfolgen kann.[16]) Die Festsetzung kann, da die Gesellschaft durch die Eintragung bereits zur Entstehung gelangt ist, natürlich nicht mehr in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag, sondern nur im Wege einer Statutenänderung (§§ 278 ff.) erfolgen. Eine Notwendigkeit, den Erwerbsvertrag selbst neu abzuschließen, besteht, um dies gegenüber Staub-Pinner nochmals zu betonen, aber nicht.

§ 5.

Die Natur der Nachgründungsverträge.

Die Gründungsübernahmeverträge werden, wie wir gesehen haben, von den Gründern im Gründungsstadium für die zu errichtende Gesellschaft geschlossen, aufschiebend bedingt durch die Konstituierung der Gesellschaft dergestalt, daß diese bei ihrer Entstehung aus ihnen berechtigt und verpflichtet wird.[1]) Die Nachgründungsverträge sind dagegen Verträge der Gesellschaft, geschlossen von den sie vertretenden Organen nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nachdem die Aktiengesellschaft als solche (§ 200 Abs. 1) entstanden ist.

I. Aus dem Wortlaute des Gesetzes in § 207: „Verträge der Gesellschaft, nach denen sie . . . für eine . . . Vergütung erwerben soll", erhellt ohne weiteres, daß die einfachen Nachgründungsverträge obligatorische Verträge sind, nicht etwa die dingliche Einigung darüber, daß die Gesellschaft bestimmte Gegenstände zu Eigentum erwerben soll. In dem dinglichen Erwerb als solchem würde auch keine Gefahr für die Gesellschaft liegen, er ist nicht imstande, eine Schädigung zu erzeugen, vermehrt vielmehr stets das Vermögen der Gesellschaft. Darin aber, daß sich die Gesellschaft unter präsumtiver Gründerbeeinflussung verpflichtet, einem Dritten, der mit den Gründern

---

[16]) Im Ergebnis ebenso Haußmann S. 42; Goldmann S. 893 Nr. 7; Lehmann-Ring S. 24 Nr. 6; Makower S. 484 VI; Staub S. 723 Anm. 18.

[1]) RG. Bd. 18 S. 65, Bd. 24 S. 22.

in mehr oder minder naher Beziehung stehen kann, für Überlassung bestimmter Gegenstände eine Vergütung zu entrichten, in dieser Obligierung der Gesellschaft liegt die Gefahr für das Gesellschaftsvermögen und der Ausgangspunkt des gesetzgeberischen Eingreifens.[2])

II. Auch bei den vorbeabsichtigten Nachgründungsverträgen hat der Gesetzgeber nicht den dinglichen Erwerb der Gegenstände, sondern den diesen Erwerb vermittelnden obligatorischen Vertrag im Auge.

Hiermit steht zwar der Gesetzestext in § 208: „Erwirbt die Gesellschaft . . .“ scheinbar im Widerspruch. Allein das Gesetz will ja, wie die Aufstellung von Ersatzansprüchen zeigt, die Gesellschaft vor Schädigungen schützen. Ein dinglicher Erwerb als solcher vermag die Gesellschaft aber niemals zu schädigen, vielmehr nur das vorhergehende Kausalgeschäft. Daraus ergibt sich, daß das Gesetz auch im Falle des § 208 an den obligatorischen Vertrag anknüpfen will. Es handelt sich bei dem oben zitierten Gesetzestext offenbar nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, die auch in der Begründung[3]) jener Gesetzesstelle wiederkehrt. Die Motive führen hier den Gedanken, daß der Erwerb von Vermögensgegenständen im Gegensatz zu den übrigen Fällen der qualifizierten Gründung (§ 186) auch nach der Eintragung der Gesellschaft noch möglich sei, wie folgt aus: „Dagegen bleibt der Erwerb vorhandener oder noch zu errichtender Anlagen oder sonstiger Vermögensstücke, sei es in der Form eines Kaufs oder als datio in solutum . . . auch nach jenem Zeitpunkt noch möglich“. Wie der Gesetzgeber hier schlechthin von einem Erwerb in der Form eines Kaufs spricht, während der Kauf doch, genau ausgedrückt, die Form des dem Erwerb vorausgehenden Schuldvertrags ist, so ist offenbar auch mit dem Ausdruck „Erwirbt“ in § 208 der Abschluß des auf Erwerb gerichteten obligatorischen Vertrags gemeint.[4])

---

[2]) Krüger S. 12; Schmidt S. 106 Anm. 224 Ziff. 2.

[3]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 199.

[4]) Ebenso z. B. Krüger S. 43, 44; Goldmann S. 897 Nr. 5; Schmidt S. 105 Anm. 224.

Der dingliche Erwerb ist also weder erforderlich noch genügend, d. h. der dingliche Erwerb begründet die Haftung aus § 208 nicht, und der Abschluß des obligatorischen Erwerbsvertrags ohne nachfolgenden dinglichen Erwerb begründet sie.[5])

§ 6.

Der Begriff der „Gründervereinbarung".

Es entsteht nun die weitere Frage, welcherlei Abkommen der Gesetzgeber in § 208 mit der „vor der Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung", als deren „Ausführung" sich der vorbeabsichtigte Nachgründungsvertrag darstellt, im Auge gehabt hat.

I. Der Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ergibt zunächst eine Grenzscheide zwischen der Gründervereinbarung und den Nachgründungsverträgen, sofern die Gründervereinbarung vor, der Nachgründungsvertrag nach der Eintragung liegt.

Die Gründervereinbarung ist aber auch nicht identisch mit dem im Gesellschaftsvertrag nicht festgesetzten Abkommen über Sachübernahmen im Sinne des § 186. Den Gründungsübernahmevertrag schließen die Gründer in der Absicht, daß die Gesellschaft mit ihrer Entstehung aus ihm berechtigt und verpflichtet sein soll. Die Gründer vereinbaren hier die Übernahme nicht bloß, sondern schließen den obligatorischen Vertrag sofort im Namen der Gesellschaft. Das Erwerbsgeschäft ist hier im Gründungsstadium schon vollständig vorhanden und nur in seiner Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft bedingt durch die Festsetzung im Gesellschaftsstatut und die Konstituierung der Gesellschaft. Die Gründervereinbarung dagegen geschieht gar nicht im Namen der Gesellschaft, der Abschluß des Erwerbsgeschäfts für die Gesellschaft wird hier absichtlich auf die Zeit nach der Eintragung hinausgeschoben. Es liegt im Gründungszeitraum also gar kein Vertrag auf Erwerb der betreffenden Gegenstände vor, sondern nur die Absicht, erst die

[5]) Schmidt S. 105 Anm. 224.

durch die Eintragung zur Entstehung gekommene Aktiengesellschaft erwerben, d. h. den obligatorischen Erwerbsvertrag abschließen zu lassen.[1])

Da die Gründervereinbarung hiernach gar nicht im Namen der Gesellschaft eingegangen wird, ist sie für diese natürlich unverbindlich. Das nehmen die Gründer aber im Vertrauen auf ihren späteren Einfluß in Kauf, um der Gründerhaftung aus § 202 ledig zu sein.

II. Der ganz allgemein gehaltene Ausdruck „von Gründern getroffene Vereinbarung" würde an sich auch den Fall eines Abkommens der Gründer unter sich ohne Zuziehung des dereinstigen Sachüberlassers, also ein bloßes Planen des Erwerbs auf seiten der Gründer, in sich begreifen. Da aber die Vereinbarung die Vorstufe zum Erwerb sein soll und hierfür ein bloßes Planen der Gründer unter sich völlig bedeutungslos sein würde, wird Schmidt[2]) darin beizupflichten sein, daß die Gründervereinbarung mit dem betreffenden Sachüberlasser, sei er Mitgründer oder Dritter, getroffen sein muß. Liegt aber eine solche Vereinbarung vor, so genügt es, daß ein Gründer dabei beteiligt ist („von Gründern").

III. Insofern die Gründervereinbarung die Vorstufe zum qualifizierten Nachgründungsvertrag ist und dieser ihre „Ausführung" darstellt, gleicht sie in gewisser Hinsicht einem Vorvertrag (pactum de contrahendo). Sie ist aber kein Vorvertrag, da die Parteien verschieden sind: Das Abkommen mit dem dereinstigen Sachüberlasser wird bei der Gründervereinbarung „von Gründern" getroffen, der vorbeabsichtigte Nachgründungsvertrag dagegen von dem vertretungsberechtigten Organ der Gesellschaft, also regelmäßig dem Vorstand, geschlossen. Hieraus ergibt sich, ohne daß auf die Frage, ob Vorverträge der Form bedürfen, die für den Hauptvertrag vorgeschrieben ist, eingegangen zu werden braucht, daß die Gründervereinbarung, wenn es sich z. B. um den Erwerb von Eigentum an Grundstücken handelt, nicht der Form des § 313 BGB. bedarf.

---

[1]) vgl. Brand S. 538 Ziff. 2d; Makower S. 536 Ia.
[2]) S. 105 Anm. 223.

IV. Durch das Erfordernis der Festsetzung im Gesellschaftsvertrag soll, wie bereits oben in § 4 VI betont, die wahre wirtschaftliche Lage der Gesellschaft allen Beteiligten offengelegt und so unlauteren Manipulationen seitens der Gründer vorgebeugt werden. Die Nachgründungsvorschriften sollen diesem Willen des Gesetzes noch besonderen Nachdruck verleihen, indem sie Umgehungen der Gründungskautelen nach Möglichkeit verhindern. Der Gesetzgeber will also grundsätzlich, daß in allen Fällen, in denen der Erwerb von Vermögensgegenständen durch die künftige Aktiengesellschaft schon im Gründungsstadium vereinbarungsgemäß geplant ist, ein den Vorschriften des § 186 Abs. 2 entsprechender Gründungsübernahmevertrag abgeschlossen wird. Diesem Gedanken wollen wohl auch die Motive zu § 208[3]) Ausdruck verleihen, wenn sie bemerken: „Ist von den Gründern eine Vereinbarung der fraglichen Art getroffen worden, so mußte dieselbe bei richtigem Verfahren nach Maßgabe des Art. 209 b (= § 186) in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden". So, wie der Satz lautet, ist er nicht ganz zutreffend. Die Gründervereinbarung als solche muß und kann nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, denn sie erfolgt gar nicht im Namen der Gesellschaft und enthält kein Erwerbsgeschäft über den betreffenden Gegenstand. Wohl aber durften die Gründer, da sie den Erwerb schon im Gründungsstadium in Aussicht genommen hatten, den Abschluß des Erwerbsvertrags bei richtigem Verfahren nicht auf die Zeit nach der Eintragung hinausschieben, um den strengeren Erfordernissen der Gründungsvorschriften zu entgehen.[4])

Bei dieser Absicht des Gesetzgebers kann nichts darauf ankommen, ob die Gründervereinbarung ein in allen Richtungen perfekter Vertrag ist oder nicht. Die Gründervereinbarung braucht vielmehr nur die wesentlichen Bestandteile des späteren Erwerbsgeschäftes und ein solches Maß von Bestimmtheit zu enthalten, daß der vorbeabsichtigte Nachgründungsvertrag erkennen läßt, daß er auf ihr beruht, ihre „Ausführung" darstellt.[5])

[3]) Heymann S. 232.

[4]) vgl. Makower S. 536 Ia.

[5]) Ebenso KGJ. Bd. 25 A S. 85; Brand S. 485 Nr. 4b; Goldmann S. 811; Litthauer S. 217 Anm. 4; vgl. des näheren unten § 12.

Für die hier vertretene Meinung spricht u. E. auch der vom Gesetz gewählte Ausdruck „Vereinbarung“ selbst. So stellt § 154 BGB. die „Vereinbarung“ als den weiteren Begriff dem „Vertrag“ gegenüber.

Damit eine „vereinbarte“ Nachgründung vorliege, ist für die Abmachungen im Gründungszeitraume also eine solche Bestimmtheit genügend, daß der Nachweis erbracht werden kann, der Nachgründungsvertrag erfolge in Ausführung der Vereinbarung, mag diese selbst sich auch noch nicht zu einem förmlichen Vertrag verdichtet haben.

§ 7.

Überblick über die Literatur.

Die meisten Schriftsteller des Aktienrechts, so Anschütz-Völderndorff, Cosack, Gareis-Fuchsberger, Hergenhahn, Kayser, Haußmann, Lehmann, Gareis: Lehrbuch und Handausgabe, Silbernagel, Puchelt-Förtsch, Petersen-Pechmann, Jacobi, Willenbücher, Völderndorff, behandeln bei der vorbeabsichtigten Nachgründung nur die im Gesetz normierte Haftung, nicht aber die Gültigkeit der Verträge selbst, sei es nun, daß sie der Ansicht waren, die Bedingungen des Wirksamwerdens seien hier die gleichen wie bei der einfachen Nachgründung, sei es, daß die Besprechung dieser Frage über den Rahmen ihrer Abhandlung hinausging.

Andere, so Lehmann-Ring, Litthauer, Ritter, Brand, Ring-Goldmann, betonen im Anschluß an das Kammergericht,[1]) daß die Regelung der Nachgründung nur ein äußerster Notbehelf des Gesetzes gegen Umgehung der Gründungskautelen sei, und daß der Registerrichter nicht auf die Innehaltung der einfachen Nachgründungsvorschriften verwiesen werden könne, und begnügen sich im übrigen mit der allgemeinen Bemerkung, bei unterlassener Festsetzung im Gesellschaftsvertrag könne die

---

[1]) vgl. unten § 12 I, 1.

Aufnahme nur im Wege der Abänderung des letzteren geschehen, ein einfacher Generalversammlungsbeschluß genüge nicht (so Lehmann-Ring),[2] auch bei der qualifizierten Nachgründung bedürfe es einer Festsetzung gemäß § 186 Abs. 2 (so Brand),[3] die Gründervereinbarung hätte korrekterweise nach § 186 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen (so Goldmann).[4]

Es kommen unsres Wissens nur fünf Schriftsteller, nämlich Staub, Pinner, Makower, Loewenfeld und Fischer, in Betracht als solche, die sich mit der Frage der Gültigkeit der vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge näher befaßt und sich teils dagegen entschieden haben. Ihre Ansichten sollen im nachstehenden dargestellt und besprochen werden.

§ 8.

Die Ansicht Staubs.

Der Staubsche Kommentar steht, wie oben in § 4 IV dargetan, auf dem Standpunkte, die nicht vorschriftsmäßig festgesetzten Abkommen über Sachübernahmen seien nichtig. Aus dieser „Nichtigkeit" und der Tendenz des Gesetzes, die werdende Aktiengesellschaft durch das Erfordernis der Festsetzung vor Schädigungen zu schützen, folgert Staub weiter,[1] daß auch jede Umgehung des § 186 unzulässig und das Umgehungsgeschäft ebenso nichtig sei wie das direkt gegen § 186 Abs. 2 verstoßende Rechtsgeschäft. Die vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge sind nach Staub also nichtig.

§ 208, so führt Staub ferner[2] aus, beträfe lediglich das Verhältnis der Gesellschaft zu den Gründern und stelle eine Schadensersatzpflicht der letzteren fest, welche neben die aus § 186 folgende Nichtigkeit träte. Über die Frage, ob die

---

[2] S. 24 Nr. 6.
[3] S. 538 Ziff. 2 d.
[4] S. 896 Anm. 3; vgl. hierzu oben § 6 IV.
[1] S. 723 Anm. 17, 18.
[2] S. 784 Einl.

Gründervereinbarung gültig sei, „sage der Paragraph nichts und wolle nichts sagen, da hierüber § 186 bestimme". Die Gesellschaft könne die Verträge für nichtig erklären, sie könne sie auch in den Formen der Statutenänderung genehmigen; in beiden Fällen hafteten ihr gemäß § 208 für etwaigen Schaden die Gründer. Dagegen[3]) sei lediglich § 207 anzuwenden, wenn es sich nicht um bestimmte Abmachungen unter den Gründern, sondern um unverbindliche Absichten und Pläne handele, denn die Verpflichtung der Gesellschaft träte hier nicht, wie es § 186 voraussetze, im Gründungszustand, sondern erst später ein. Die Regelung der Nachgründung sei, da sie nach dem Willen des Gesetzgebers einer Umgehung der Gründungskautelen vorbeugen solle, nur ein äußerstes Schutzmittel des Gesetzes; aus der Einfügung dieses Notbehelfs folge nicht, daß der Registerrichter verhindert sei, durch Weigerung der Eintragung die Befolgung der Gründungsvorschriften des § 186 zu erzwingen, falls er nach der Sachlage den berechtigten Verdacht der Umgehung dieser Vorschriften schöpfe, wenn er z. B. sehe, daß die Gesellschaft zwar äußerlich als reine Geldgesellschaft gegründet sei, in Wahrheit aber der ganze Gründungsplan darauf abziele, das Unternehmen auf der Grundlage bestimmter in Aussicht genommener Übernahmegegenstände zu betreiben.

§ 9.

Pinners Meinung.

Pinner führt über unser Thema folgendes aus[1]): Der Gesetzgeber gestatte, indem er für die Nachgründungen Vorschriften aufstelle, eine in diesen Formen stattfindende Umgehung der Gründungsvorschriften. Es könne daher den Gründern nicht verwehrt werden, statt gemäß § 186 eine Gesellschaft zu gründen, eine Geldgesellschaft zu errichten und dann im Wege der Nachgründung die geplanten Objekte zu erwerben. Die Gründung

[3]) S. 723 Anm. 17, S. 781 Einl.
[1]) S. 82 I u. S. 86 VI.

einer Kapitalgesellschaft mit darauffolgender Nachgründung, welche materiell dasselbe wie die Sachgründung erreiche, sei dieser häufig vorzuziehen, nicht nur, weil es bequemer sei, zunächst die Gesellschaft als Geldgesellschaft zu gründen und dann in Ruhe die Übernahmeverträge abzuschließen, sondern vor allem, weil dann die Gründererklärung des § 191, die qualifizierte Prüfung des § 192 und die Bestellung von Revisoren fortfalle und lediglich ein Bericht des Aufsichtsrats nötig sei.

§ 10.

Die Ansicht Makowers und Loewenfelds.

Nach Makower[1]) und Loewenfeld[2]) genügt zum Wirksamwerden eines Vertrags auf Erwerb von Vermögensgegenständen, den die Gründer nach der Errichtung namens der Gesellschaft schließen, die Befolgung der einfachen Nachgründungsvorschriften, und soweit deren Voraussetzungen nicht vorliegen, soll der Vertrag keinen andern Vorschriften als den allgemeinen für jeden Vertrag unterliegen. Auf den Fall der vorbeabsichtigten Nachgründung sei § 186 Abs. 2 nicht anwendbar, die Rechtsfolge der Tatsache, daß der Vertragsschluß in Ausführung einer vor der Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung geschehe, sei nicht die Anwendung des § 186, sondern eine Verantwortlichkeit gemäß §§ 202, 205, 206.

Zum Wirksamwerden eines vor der Errichtung abgeschlossenen, aber nicht vorschriftsmäßig festgesetzten Abkommens über Sachübernahmen fordert Makower[3]) nachträgliche Aufnahme in die Satzung auf Grund eines Statutenänderungsbeschlusses. Loewenfeld[4]) will auch hier zur Heilung der Unwirksamkeit gegenüber der Gesellschaft eine formlose Genehmigung seitens der Gesellschaftsorgane genügen lassen, die er andererseits auch

---

[1]) S. 482 III d, S. 535 I a.
[2]) S. 10 § 5, S. 18/19.
[3]) S. 484 VI.
[4]) S. 15 § 7.

für Verträge nach der Errichtung für erforderlich hält, wenn sie den Geschäftsbetrieb der künftigen Gesellschaft antizipieren.[5])

Loewenfeld scheidet[6]) zur Begründung seines Standpunktes den Fall der Sachübernahme von den übrigen Fällen der qualifizierten Gründung (§ 186). Bei Gründerlohn, Sacheinlage und Gründervorteil hält auch er ein Wirksamwerden des nicht im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Abkommens nur durch nachträgliche Aufnahme in das Statut für möglich, weil diese Fälle in bezug auf das Gesellschaftsverhältnis Ausnahmen seien und § 207 auf sie keine Anwendung finden könne. Der Übernahmevertrag dagegen berühre das Gesellschaftsverhältnis nicht direkt, die Gründung erfolge vielmehr als Bargründung, und es handele sich nur um die Verwendung der Geldeinlagen zu Anschaffungszwecken; weil die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bei der Sachübernahme sonach nicht aus allgemeinen Gründen des Gesellschaftsrechts, sondern nur zum Schutze bestimmter Interessenten erforderlich sei, könne hier die Unwirksamkeit beseitigt werden wie in andern Fällen der relativen Unwirksamkeit, nämlich durch formlose Genehmigung seitens des Vorstandes.

Ob im Falle der Nachgründung der Abschluß des Vertrags bereits im Gründungszeitraume geplant oder besprochen worden sei, sei gleichgültig,[7]) weil § 186 Abs. 4 nur von „Abkommen" spreche und bloße Absichten und Besprechungen die Entschlußfreiheit der Gesellschaft bestehen ließen. Wo keine bindenden Abmachungen vorlägen, sei höchstens § 207 anwendbar, denn auf die Vermutung der Gründerbeeinflussung habe der Gesetzgeber die Aufstellung der einfachen Nachgründungsvorschriften gegründet, nicht aber die Anwendung des § 186.[8]) Die vom Gesetz in § 208 normierte Verantwortlichkeit stelle zusammen mit den Vorschriften des § 207 eine andere Art von Vertragserschwerung dar. Es sei deshalb die Ansicht Pinners zu billigen,[9]) daß die

[5]) S. 10/11.
[6]) § 8 S. 15, 16.
[7]) vgl. § 5 S. 10.
[8]) vgl. § 9 S. 18.
[9]) S. 18 § 9.

Nachgründungsvorschriften ausschließlich Sicherheitsmaßregeln enthielten, und die Befolgung der Bestimmungen des § 207 mit der in § 208 ausgesprochenen Haftung bei der qualifizierten Nachgründung genüge. Die Parteien könnten deshalb darauf verzichten, einen Gründungsübernahmevertrag zu schließen, indem sie den Erwerbsvertrag nach der Entstehung der Gesellschaft erstmals seinem ganzen Tatbestande nach zum Abschluß brächten oder indem sie an den ersten vor der Eintragung vollzogenen und noch unwirksamen Teil des Tatbestandes den zweiten reihten, nämlich die Genehmigung der entstandenen Gesellschaft.[10]) Die Terrain- und Baugesellschaften[11]) habe der Gesetzgeber in § 207 Abs. 5 von jeder Kautel befreit, nicht aus Mangel an Verdacht, sondern im Interesse ihres Geschäftsbetriebs. Deshalb könne man auf sie auch im Falle der vorbeabsichtigten Nachgründung § 186 nicht anwenden, denn die Anwendung dieser Vorschrift würde gegenüber § 207, von dessen Kautelen sie ja im Interesse ihres Geschäftsbetriebes vom Gesetzgeber befreit worden seien, eine noch viel erheblichere Erschwerung darstellen.

§ 11.

Die Theorie Fischers.

Sowohl in den Motiven zu den Nachgründungsvorschriften, so führt Fischer in seiner Abhandlung über die „verschleierte Sachgründung“ [1]) aus, als auch im Texte des § 208 komme klar zum Ausdrucke, daß der Gesetzgeber der in den Formen des § 207 ausgeführten vorbeabsichtigten Nachgründung die Gültigkeit zugesprochen habe. Nach der dem Art. 213 f. ADHGB. beigegebenen Begründung habe der Gesetzgeber folgendes erwogen:

> Der vertragsmäßigen datio in solutum und dem Kompensationsvertrag ließe sich prinzipiell die Gültigkeit nicht versagen. Infolgedessen entstehe für die Durch-

[10]) S. 25 V.

[11]) vgl. oben S. 2 III d.

[1]) Abgedr. in LZ. v. 15. 9. 1912 S. 591 ff.

führung die Vorschrift des Art. 209b Abs. 2 (= § 186 Abs. 2) eine erhebliche Gefahr, die um so beträchtlicher sei, weil sich die Absicht der Umgehung des Art. 209b Abs. 2 schwer beweisen lasse. Hiernach erscheine es unbedenklich, in denjenigen Fällen, wo die Gefahr einer Umgehung des Art. 209b Abs. 2 am größten sei, nämlich bei den Geschäften über den Erwerb von Anlagen, überhaupt von der Anwendung des Art. 209b Abs. 4 (= § 186 Abs. 4) abzusehen und durch Art. 213f zu bestimmen: „In den typischen Gefährdungsfällen wird bei erweislicher Gesetzesumgehung der Gesellschaft der erweisliche Schaden ersetzt".

Auf diesem Wege, so fährt Fischer fort, habe der Gesetzgeber immerhin so viel erreicht, daß die als Typen verdächtigen Erwerbsgeschäfte nur unter den erschwerenden Erfordernissen des Art. 213f Abs. 1—4 (= § 207 Abs. 1—4) gültig würden. Um für die verdächtigen Geschäfte den Schutz des Art. 213f Abs. 1—4 zu erlangen, habe der Gesetzgeber also denjenigen Schutz aufgegeben, den der Art. 209b Abs. 4 (= § 186 Abs. 4) gegenüber den der erweislichen Umgehung des Art. 209b Abs. 2 (= § 186 Abs. 2) dienenden Geschäften gewährt habe. Der Gesetzgeber habe gemeint, den Schutz des Art. 209b Abs. 4 durch einen gleichwertigen Schutz, nämlich durch Verleihung von Schadensersatzansprüchen in Art. 213f Abs. 5 (jetzt § 208) ersetzt zu haben. Da nach Art. 213f Abs. 5 ADHGB. die vorbeabsichtigte Nachgründung auf die gleichen Vertragsobjekte wie die einfache Nachgründung beschränkt gewesen sei, seien die übrigen Fälle der verschleierten Sachgründung und die nachweisbar vorbeabsichtigten Grundstückskäufe von seiten einer Bau- und Grundstücksgesellschaft noch der Regel des Art. 209b Abs. 4 (= § 186 Abs. 4) gefolgt, d. h. der Gesellschaft gegenüber unwirksam gewesen. Diese von den Verfassern der Novelle 1884 absichtlich gelassene Lücke hätten die Autoren des jetzigen Handelsgesetzbuchs ungerechtfertigterweise ausgefüllt, indem sie § 208 auf den Erwerb von Gegenständen schlechthin erstreckten und auch die Terraingesellschaft der Vorschrift mit unterstellten. Infolgedessen sei heute jeder vorbeabsichtigte Erwerb von Ver-

vermögensgegenständen der Gesellschaft gegenüber wirksam und sie nur auf die im § 208 normierten Ersatzansprüche verwiesen.

§ 12.

Die Rechtsprechung.

I. Das Kammergericht: In den beiden nachfolgenden Entscheidungen hat das Kammergericht die Eintragung von Aktiengesellschaften abgelehnt, weil eine Umgehung der für die qualifizierte Gründung gegebenen Kautelen vorliege.

1. In dem Beschluß vom 2. Juni 1890[1]) charakterisiert das Gericht das Verhältnis der Nachgründungsvorschriften zu den Gründungskautelen folgendermaßen: Art. 209b Abs. 2 (= § 186 Abs. 2) sei seinem Wortlaute nach eine zwingende Norm. Die Vorschriften über die Nachgründung verfolgten demgegenüber nur den Zweck, Umgehungen der Gründungskautelen zu verhindern. Aus diesem legislativen Grunde ergäbe sich, daß es sich bei der Nachgründung immer nur um einen Notbehelf handele, falls es eben nicht gelungen sei, die Beobachtung der Gründungsvorschriften zu erzwingen. Solange aber noch die Möglichkeit bestehe, durch Weigerung des Eintrags die Befolgung der normalen Gründungsvorschriften herbeizuführen, könne der Registerrichter nicht darauf verwiesen werden, daß noch weitere Schutzvorschriften beständen, welche die Wirkung der gelungenen Umgehung nach Möglichkeit zugunsten des verletzten Gesetzes ausgleichen. Es sei also nicht zulässig, die Gesellschaft einstweilen ohne Rücksicht auf die geplante Übernahme zu konstituieren und letztere nur den Vorschriften über die Nachgründung zu unterwerfen.

2. Dem zweiten Erkenntnis des Kammergerichts, datiert vom 6. Oktober 1902,[2]) liegt folgender Tatbestand zugrunde: Es war eine Aktiengesellschaft zum Betriebe einer Kleinbahn gegründet worden, die nach den im Gründungsstadium getroffenen Vereinbarungen die Herstellung der Bahnanlage einer Firma gegen eine nahezu das gesamte Grundkapital umfassende Ver-

[1]) KGJ. Bd. 10 S. 29; auch Neumann Bd. 2 S. 114.

[2]) KGJ. Bd. 25 A S. 85; auch OLGRspr. Bd. 7 S. 152.

gütung übertragen sollte. In seinen Gründen führte das Gericht folgendes aus: Da der Bestand der Aktiengesellschaft auf dem Baue der Kleinbahn beruhe dergestalt, daß diese von der Firma gegen Zahlung nahezu des gesamten Grundkapitals hergestellt werden sollte, sei eine Übernahme der Bahnanlage in Aussicht genommen. Hierbei komme nichts darauf an, daß über die Herstellung der Bahnanlage ein bindender Vertrag zwischen der Firma und der Gesellschaft noch nicht geschlossen sei, denn nach seinem offenbaren Sinne solle § 186 alle Fälle treffen, in denen das an sich bar zu zahlende Kapital den Abmachungen der bei der Gründung Beteiligten gemäß sofort ganz oder teilweise durch Gegenleistungen der Aktiengesellschaft für Sachen aufgezehrt werden solle; gerade deshalb sei die Vorschrift des § 186 auf „herzustellende" Anlagen erstreckt worden. Inwieweit sich die Abmachungen im Gründungszeitraume zu förmlichen Verträgen verdichtet hätten, erscheine also ohne Belang.

II. Dem Oberlandesgericht Dresden wurde folgender Fall[3]) zur Entscheidung vorgelegt: Am 1. 3. 1906 wurde die mit einem Grundkapital von 100 000 Mk. gegründete Aktiengesellschaft X in das Handelsregister eingetragen. Durch Vertrag v. 9. 4. 1906 erwarb die Gesellschaft ein Fabrikations- und Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven samt der Firma gegen Gewährung von 700 Aktien der Gesellschaft. Dem entsprechend beschloß eine Generalversammlung der Gesellschaft vom gleichen Tage die Erhöhung des Grundkapitals um 700 000 Mk. und die Abänderung der Gesellschaftsfirma. Zugleich wurden drei der Gründer der Gesellschaft zu Mitgliedern des Aufsichtsrates gewählt und der neue Aufsichtsrat bestellte den bisherigen Eigentümer des Fabrikationsgeschäfts zum Vorstand der Gesellschaft. — Den Gründen des Oberlandesgerichts, das den die Eintragung ablehnenden Beschluß der Vorinstanzen aufrechterhielt, entnehmen wir folgendes: Nach dem Sachverhalt sei der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag nach Absicht der Beteiligten nur vorbereitender Natur gewesen, und den eigentlichen Gegenstand der Gründung

---

[3]) LZ. 1907 S. 233 Nr. 1, Beschluß vom 4. Juli 1906, abgedr. auch in KGJ. Bd. 33 A S. 313; Neumann Bd. 6 S. 651.

habe die im Wege der Nachgründung erfolgte Übernahme des Fabrikationsgeschäfts gebildet. Hieraus rechtfertige sich der Schluß, daß es sich bei der Nachgründung um eine Umgehung des Gesetzes handele. Rechtsgeschäfte, die zur Umgehung des Gesetzes erfolgten, seien unwirksam; es genüge, daß objektiv eine Umgehung vorliege. Eine solche sei aber gegeben, da die Übernahme des Geschäfts, obwohl sie den wirklichen Gegenstand der Gründung gebildet habe, erst im Wege der Nachgründung erfolge. Der Nachgründung gehe sonach die rechtliche Wirksamkeit ab. Hieran werde auch dadurch nichts geändert, daß in § 207 für die Nachgründung Sondervorschriften getroffen seien, denn diese bildeten nur ein äußerstes Schutzmittel gegen Gesetzesumgehung und kämen auch zur Anwendung, wenn keinerlei Verdacht bestände. Liege dagegen, wie hier, die auf Gesetzesumgehung gerichtete Absicht der Beteiligten klar zutage, so sei der Registerrichter ebenso berechtigt wie verpflichtet, den auf Nachgründung beruhenden und deshalb unwirksamen Änderungen des Gesellschaftsvertrags die Eintragung in das Handelsregister zu versagen.

III. Die Stellung des Reichsgerichts:

1. Das Reichsgericht hat zunächst wiederholt ausgesprochen, daß ein nicht vorschriftsmäßig festgesetztes Abkommen im Sinne des § 186 nur durch nachträgliche Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag im Wege einer Statutenänderung Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft erlangen könne.

a) Das Urteil vom 6. Februar 1904[4]) geht dabei noch von der, wie wir oben[5]) gesehen haben, unzutreffenden Ansicht aus, unwirksam im Sinne des § 186 Abs. 4 sei gleichbedeutend mit nichtig, und verlangt demgemäß zum Wirksamwerden eines vor der Eintragung ausbedungenen, aber nicht festgesetzten Gründervorteils (Fall des § 186 Abs. 1) die erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, also Aufnahme des Abkommens in den Gesellschaftsvertrag im Wege einer Statutenänderung.

---

[4]) JW. 1904 S. 182 Nr. 29.

[5]) § 4 IV.

b) Das Urteil des I. Zivilsenats vom 3. Februar 1909,[6] das übrigens die unrichtige Bezeichnung der Unwirksamkeit als Nichtigkeit vermeidet, behandelt den Fall eines Abkommens über Gründerlohn (§ 186 Abs. 3) und spricht sich hierzu wie folgt aus: Da das Gesetz jedes Abkommen über Gründerlohn, das nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrag gefunden habe, für unwirksam erkläre, würde ein solches Abkommen auch dann unwirksam sein, wenn es der Vorstand der Gesellschaft nach deren Eintragung im Handelsregister geschlossen hätte, selbst wenn man bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags an das Abkommen noch gar nicht gedacht hätte. Daß es in einem solchen Falle nicht Bestandteil des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags sein könne, liege freilich auf der Hand; es müsse dann, wenn dem Abkommen Gültigkeit verliehen werden solle, der in §§ 274ff. vorgesehene Weg einer Abänderung des Gesellschaftsvertrags eingeschlagen werden. —

Was das Reichsgericht hier hinsichtlich der Gründerlöhne ausspricht, bejaht es

c) im Urteile vom 10. Januar 1908[7] auch bezüglich der Sachübernahme. Die klägerische Aktiengesellschaft hatte hier mit dem Beklagten, einem Gründer, im Gründungszeitraume einen Vertrag geschlossen, laut dessen der Beklagte der Klägerin Patentlizenzen gegen Entgelt einräumte und die Klägerin sich verpflichtete, ihre gesamte Produktion lediglich an den Beklagten oder durch diesen zu verkaufen. — Dieser Vertrag, so führt das Reichsgericht aus, enthalte bezüglich der Patentlizenzen einen Übernahmevertrag im Sinne des § 186 Abs. 2 und im übrigen die Einräumung eines besonderen Vorteils an den Beklagten. Der Vertrag sei daher mangels Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag unwirksam, wenn die Gesellschaft auch ohne dieses Rechtsgeschäft gar nicht habe entstehen können. Die Ansicht, solche Verträge erlangten nach der Eintragung durch formlosen Abschluß oder formlose Genehmigung Rechtswirksamkeit,

---

[6]) JW. 1909 S. 167 Nr. 18; LZ. 1909 S. 309 Nr. 3; Holdheim Bd. 18 S. 219.

[7]) LZ. 1908 S. 297 Nr. 5; auch Recht 1908 S. 311 Nr. 1873.

sei unrichtig, denn die Rechtswirksamkeit gegenüber der Gesellschaft trete nach § 186 Abs. 4 nur durch nachträgliche Änderung des Gesellschaftsstatuts ein.

2. Über das Verhältnis des § 202 zu § 208 besagt das Urteil des I. Zivilsenats vom 12. Januar 1907[8]) folgendes: § 208 erstrecke die durch die Vorschrift des § 202 begründete Haftung der Gründer wegen böslicher Schädigung der Gesellschaft auf den Fall, daß die letztere Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung erwerbe. Während der § 202 Abs. 1 Satz 2, wie die Verweisung auf § 186 ergäbe, sich auf die Übernahme von Vermögensgegenständen beziehe, die im Gesellschaftsvertrag festgesetzt worden seien, setze § 208 voraus, daß die betreffende Vereinbarung in den Gesellschaftsvertrag nicht aufgenommen worden sei ...

3. Dem Erkenntnis vom 24. Juni 1910[9]) endlich, das den Unterschied der Übernahme von Grundstücken im Gründungsakt von einer Nachgründung zum Gegenstand hat, lag folgender Tatbestand vor: Durch notariellen Vertrag v. 27. 12. 1901 wurde die Klägerin, eine Terrain-Aktiengesellschaft, mit einem Kapital von 3 Mill. Mk. gegründet. An demselben Tage, sofort nach dieser Gründung, schloß die Beklagte mit den Gründern der Klägerin, diese „handelnd für die heute gegründete, aber noch nicht registrierte“ Klägerin, einen notariellen Kaufvertrag, laut dessen die Beklagte an die Klägerin Grundstücke für 3 Mill. Mk. verkaufte. Am 9. 1. 1902 wurde die Klägerin im Handelsregister eingetragen. Am 24. 1. 1902 wurde vor dem Notar unter der Überschrift „Genehmigungsnachtrag“ eine Erklärung des Vorstands der nunmehr eingetragenen Klägerin und von Vorstandsmitgliedern der Beklagten beurkundet, worin die Klägerin den Kaufvertrag v. 27. 12. 1901 genehmigte und die Beklagte ihre Zustimmung erteilte.

In dieser Genehmigungsurkunde hat der Vorstand der Klägerin nach Ansicht des Reichsgerichts nichts anderes sagen

---

[8]) LZ. 1907 S. 284 Nr. 2.

[9]) JW. 1910 S. 800 Nr. 6; LZ. 1910 S. 934 Nr. 2 (am ausführlichsten); WarnRspr. Bd. 3 S. 355.

wollen, als daß er hier einen neuen Kaufvertrag mit dem vollen Inhalte des Vertrags v. 27. 12. 1901 im Namen der nun entstandenen Aktiengesellschaft mit der Beklagten schließen wolle, nicht aber habe er den Kaufvertrag v. 27. 12. 1901 nach rückwärts bestätigen wollen, wenn er sich auch des Ausdrucks „genehmigen" bedient habe. Da die Vertreter der Beklagten gleichzeitig vor dem Notar diese Erklärung entgegengenommen und in Gegenwart des Vorstands der Klägerin ausdrücklich ihre Zustimmung ausgesprochen hätten, sei hiermit der Kaufvertrag am 24. 1. 1902 neu mit der eingetragenen Klägerin geschlossen worden. Nach § 207 Abs. 5 fänden die erschwerenden Formen (§ 207 Abs. 1—4) auf die Klägerin als Terraingesellschaft keine Anwendung. Es habe daher zur Rechtsgültigkeit des Kaufvertrags v. 24. 1. 1902 nur der Formen des § 313 BGB., die unstreitig gewahrt worden seien, bedurft. Der Vertrag sei sonach rechtsgültig.

§ 13.

Das Prinzip der Vorschriften über die Nachgründung.

Um die Tragweite der Nachgründungsbestimmungen und ihr Verhältnis zu den Gründungskautelen zu erkennen, sei hier zunächst ein Blick auf ihre Entstehungsgeschichte geworfen.

Unter der Herrschaft des Konzessionssystems und der ersten Aktiennovelle v. 11. 6. 1870 enthielt das Aktienrecht keine den §§ 207, 208 entsprechende Norm. Erst das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 18. 7. 1884 schuf den Begriff der Nachgründung im Anschluß an die eingehende Regelung des Gründungsherganges selbst. Es handelt sich bei der Nachgründung also um eine jener Schutzvorschriften, welche ihren Ursprung in den üblen Erfahrungen der Gründerperiode haben. Die Nachgründung war im Art. 213 f der Novelle von 1884 geregelt. Da gerade sie im jetzigen Handelsgesetzbuch einer erheblichen Revision unterzogen worden ist, soll hier zunächst der ursprüngliche Text, wie er nach Art. 213 f lautete, wiedergegeben werden:

„Werden vor Ablauf von 2 Jahren seit Eintragung des Gesellschaftsvertrags in das Handelsregister seitens der Gesellschaft Verträge geschlossen, durch welche sie vorhandene oder herzustellende Anlagen oder unbewegliche Gegenstände für eine den 10. Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, so bedürfen dieselben zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Generalversammlung.

Vor der Beschlußfassung hat der Aufsichtsrat den Vertrag zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung schriftlich Bericht zu erstatten.

Die Anteile der zustimmenden Mehrheit müssen in dem Falle, daß der Vertrag im ersten Jahre geschlossen wird, mindestens ein Viertel des Grundkapitals, andernfalls mindestens drei Viertel des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals darstellen.

Der genehmigte Vertrag ist in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift mit dem Berichte des Aufsichtsrats . . . zum Handelsregister einzureihen.

Hat der Erwerb in Ausführung einer von der Errichtung der Gesellschaft von den Gründern getroffenen Vereinbarung stattgefunden, so kommen in betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der Art. 213 a u. 213 d zur Anwendung.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf den Erwerb unbeweglicher Gegenstände nicht Anwendung, sofern auf ihn der Gegenstand des Unternehmens gerichtet ist oder der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung geschieht".

I. Über die Gründe, die den Gesetzgeber zur Aufstellung dieser neuen Vorschriften bewogen haben, äußern sich die Motive von 1884[1]) dahin:

> „Abgesehen von den bei einer Erhöhung des Grundkapitals möglichen Einlagen, von denen im folgenden Paragraphen die Rede sein wird, können nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister Einlagen nicht mehr vorkommen. Ebensowenig können

[1]) Allgem. Begr. z. Nov. 1884 S. 199.

nach diesem Zeitpunkt Gründervorteile im Sinne des Art. 209 b zugestanden werden; eine nachträgliche Gewährung von Vergütungen an Gründer dagegen kann nur unter Verantwortung der Gesellschaftsorgane erfolgen, soweit sie nicht gar eine Statutenveränderung bedingt. Dagegen bleibt der Erwerb bereits vorhandener oder noch zu errichtender Anlagen oder sonstiger Vermögensstücke, sei es in der Form eines Kaufs oder in anderer Weise, auch nach jenem Zeitpunkt noch möglich, selbst wenn der Erwerb derselben zur Erreichung des Gesellschaftszweckes von Anfang an unabweislich war. Hier besteht die Gefahr, daß der Erwerb schon vor Errichtung der Gesellschaft von den Gründern geplant, der Abschluß des betreffenden Vertrags aber nur hinausgeschoben war, um ihn später durch die von ihnen beherrschten Gesellschaftsorgane bewirken zu lassen und dadurch die strengeren Erfordernisse des Art. 209 b und die sich daran knüpfende Prüfung und Verantwortung zu umgehen. Für den Entwurf lag deshalb die Notwendigkeit vor, einer solchen Umgehung der getroffenen Vorschriften in geeigneter Weise zu begegnen ... Durch die Beschränkung der Vorschrift auf Erwerbungen, für welche eine den 10. Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung gewährt wird, werden die Organe der Gesellschaft in ihren geschäftlichen Dispositionen nur so weit behindert, als dies im unbedingten Interesse der Gesellschaft geboten erscheint ... In dieser Beschränkung ist die Vermutung am Platz, daß der Erwerb schon bei der Errichtung hätte vorgenommen werden können und sollen".

Der Gesetzgeber prüft und überblickt hier zunächst die einzelnen Fälle der qualifizierten Gründung (§ 186) entsprechend der Wichtigkeit, die er ihnen nach den Erfahrungen der Vergangenheit beimißt. Er stellt dabei fest, daß Gründervorteile im Sinne des Art. 209 b Abs. 1 (= § 186 Abs. 1) nach der Ein-

tragung der Gesellschaft nicht mehr, nachträgliche Vergütungen an Gründer nur unter der Verantwortung der Gesellschaftsorgane zugestanden werden könnten, falls letztere nicht überhaupt eine Statutenänderung bedingten. Da die Verantwortlichkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats nun anderweit (Art. 241, 226 = §§ 241, 249) ausführlich geregelt ist, erachtet der Gesetzgeber hinsichtlich dieser Fälle die getroffenen Gründungsschutzmaßregeln für ausreichend. Sacheinlagen, so erwägt der Gesetzgeber weiter, könnten nach der Eintragung nur noch im Falle einer Kapitalerhöhung bewirkt werden. Für diesen Fall ist im Gesetz aber eine entsprechende Festsetzung im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals vorgesehen. Auch hier, so konstatiert der Gesetzgeber, besteht also keine Gefahr, daß sein in den Gründungsvorschriften zum Ausdruck gelangter Wille mißachtet werden könnte. Dagegen kann die Gesellschaft nach ihrer Eintragung jederzeit, auch unabhängig von einer Kapitalerhöhung, Verträge über den Erwerb von Vermögensgegenständen der in § 186 gedachten Art abschließen. Die Gründer können selbst dann zu einer Bargründung schreiten, wenn die Gesellschaft ohne die Gegenstände praktisch gar nicht fortbestehen kann, deren Erwerb zur Erreichung der Gesellschaftszwecke also „von Anfang an unabweislich“ war, da sie ja den Erwerb nach der Eintragung jederzeit nachzuholen vermag. Hierin erkennt der Gesetzgeber eine Gefahr für die Durchführung der für Sachübernahmen im Gründungsstadium gegebenen Vorschriften, und zwar eine Gefahr, die um so beträchtlicher war, als gerade die Sachübernahmen es waren, die in der Gründerperiode am meisten zu unlauteren Manipulationen benutzt worden waren. Der Gesetzgeber ist sich weiter bewußt, daß infolge der Strenge seiner Gründungsbestimmungen alles daran gesetzt werden würde, sie zu umgehen, falls sich im Gesetz eine Lücke darböte. Das konnte nach dem Stande des Gesetzes zur Zeit, als der Gesetzgeber obige Erwägungen anstellte, nun leicht dadurch bewerkstelligt werden, daß man den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus dem Wirkungsgebiet der Gründungskautelen auf den Zeitraum nach der Eintragung hinausschob. Hierdurch begaben sich zwar die Beteiligten des ihnen in § 186

zuerkannten Rechts, die Gesellschaft mit ihrer Entstehung durch die Verträge zu binden, und der Vertragsabschluß war scheinbar in das freie Ermessen der entstandenen Gesellschaft gestellt. Dieser Nachteil wurde aber, wie der Gesetzgeber richtig erkannte, reichlich dadurch aufgewogen, daß die Gründer dann der strengen Vorschrift des Art. 209 b (= § 186) mit der sich daran schließenden Prüfung und Haftung ledig wurden; und wie die Verhältnisse liegen, hätten die Beteiligten um die Durchführung ihrer Pläne auch ohne eine rechtliche Bindung der Gesellschaft im Gründungszeitraume nicht in Sorge zu sein brauchen: Ihr Einfluß ist nach der Eintragung noch fast ausschließlich maßgebend, da die Gesellschaft kurz nach ihrer Entstehung erfahrungsgemäß meist nur aus den bei der Gründung beteiligten oder an ihr interessierten Personen besteht. Die Gründer hätten also nur einen ihren Wünschen genehmen Vorstand zu erwählen brauchen, um denselben Effekt zu erreichen, den ihnen die Eingehung eines Gründungsübernahmevertrags darbot, aber ohne die mit diesem verbundene Verantwortlichkeit. „Für den Entwurf lag deshalb die Notwendigkeit vor, einer solchen Umgehung der getroffenen Vorschriften in geeigneter Weise zu begegnen."

Die Urheber der Novelle von 1884 vermuteten also grundsätzlich, daß, wenn eine bargegründete Gesellschaft alsbald nach ihrer Entstehung Vermögensgegenstände von größerem Werte erwarb, dieses Erwerbsgeschäft auf einer Beeinflussung von Gründern beruhte. Diese Vermutung rechtfertigt sich aus den Erfahrungen der Gründerperiode. Da sich aber nicht immer der Nachweis erbringen läßt, daß das nachträgliche Erwerbsgeschäft schon vor der Eintragung geplant worden war — nämlich dann nicht, wenn die Beteiligten ihre wahren Absichten sorgfältig verheimlichen [2]) —, sah sich der Gesetzgeber außerstande, die von ihm vermutete Umgehung völlig zu verhindern. Er unterstellte daher jeden Erwerb in den ersten beiden Jahren nach der Eintragung, mit Ausnahme der im letzten Absatz gekennzeichneten Fälle, erschwerten Bedingungen. Das Gesetz

---

[2]) vgl. den Fall der Berliner Passagebau - Aktiengesellschaft nach Bauers Zeitschr. Bd. 13 S. 247.

will also einerseits einer Umgehung der für Sachübernahmen während des Gründungszustandes gegebenen Kautelen vorbeugen und andererseits, da es die Umgehung nicht völlig verhindern kann, die Verträge für die Gesellschaft möglichst gefahrlos gestalten. Nachdem für alle Fälle eine einheitliche Regelung getroffen war, kam es für die Anwendung des Gesetzes, ebenso wie heute im Falle des § 207, natürlich nicht mehr darauf an, ob die das Gesetz beherrschende Vermutung hinsichtlich einer aktiven Gründerbeeinflussung im Einzelfall begründet war oder nicht. Den Ausgangspunkt des gesetzgeberischen Eingreifens bildete aber, wie wir gesehen haben, nur eine, wenn auch in der Erfahrung noch so begründete, Vermutung. Deshalb befleißigte sich der Gesetzgeber einer möglichsten Zurückhaltung und entschied sich zu den oben in § 2 dargestellten Beschränkungen hinsichtlich der Natur der Vertragsobjekte, hinsichtlich des Wertes derselben und hinsichtlich einer zeitlichen Grenze, innerhalb deren, wie er sagt, „die Vermutung am Platze ist, daß der Erwerb schon bei der Errichtung hätte vorgenommen werden können und sollen". Diese Einschränkungen sind dergestalt, daß die vom Gesetze geforderten Kautelen auch dann keine Härte bedeuten, wenn die Vermutung einer Gründerbeeinflussung einmal nicht zutreffen sollte.[3])

Bei Gesellschaften, welche Grundstücke erwerben, nicht um sie dauernd zu behalten, sondern um sie im Betriebe ihres Geschäfts weiterzuveräußern, wie die Grundstücks- und Baugesellschaften, trifft die Vermutung des Gesetzgebers, der Erwerb sei schon im Gründungsstadium geplant und nur hinausgeschoben worden, um den strengeren Erfordernissen der Gründungskautelen zu entgehen, regelmäßig nicht zu, kann jedenfalls aus dem Umstande, daß die Gesellschaft alsbald nach ihrer Eintragung Grundstücke erwirbt, nicht geschlossen werden. Andererseits würde der Betrieb dieser Gesellschaften in den ersten beiden Jahren nahezu lahmgelegt werden, wenn sie bei jedem Grundstückskauf die Zustimmung der Generalversammlung einholen müßten. Aus diesen Gründen wurde auf Anregung des

[3]) vgl. oben § 2 Abs. 4.

Deutschen Handelstags von der Reichstagskommission[4]) dem Art. 213f noch ein Abs. 6 angefügt, daß die Nachgründungsvorschriften nicht auf den Erwerb von Grundstücken seitens einer Gesellschaft, deren Gegenstand des Unternehmens Grundstückserwerb bildet, anzuwenden seien.

II. Die Urheber der Novelle von 1884 richteten ihr Hauptaugenmerk, wie wir gesehen haben, auf einen versteckten Zusammenhang des späteren Erwerbsgeschäfts mit der Gründungsgeschichte. Den Ausgangspunkt des gesetzgeberischen Eingreifens bildete die Vermutung einer aktiven Gründerbeeinflussung, „die Gefahr, daß der Erwerb schon vor der Errichtung von Gründern geplant, der Abschluß des betreffenden Vertrags aber nur hinausgeschoben worden sei, um ihn später durch die beherrschten Gesellschaftsorgane bewirken zu lassen". Durch die Regelung der vorbeabsichtigten Nachgründung als eines Unterabschnittes des Art. 213f waren nach der Novelle von 1884 Vertragsobjekt bei ihr, ebenso wie bei der einfachen Nachgründung, nur Anlagen und unbewegliche Gegenstände, deren zu vergütender Wert mindestens dem 10. Teil des Grundkapitals entsprach. Sodann fanden die Schutznormen des Art. 213f Abs. 5, da die Reichstagskommission die auf Terraingesellschaften bezügliche Ausnahmevorschrift im nachfolgenden Abs. 6 angefügt hatte, auf diese Gesellschaften, ebenso wie die übrigen Kautelen des Artikels, keine Anwendung. Bei der vorbeabsichtigten Nachgründung handelt es sich aber[5]) gar nicht nur um eine Vermutung, welche den Ausgangspunkt der neuen Vorschriften bildete, sondern um eine tatsächlich nachweisbare Umgehung der Gründungskautelen. Deshalb waren hier die Einschränkungen, die sich der Gesetzgeber hinsichtlich der einfachen Nachgründung, um Härten zu vermeiden, auferlegte, gar nicht berechtigt. Die Motive zu § 208[6]) bemerken deshalb mit Recht:

> „Für diese Beschränkungen fehlt es an einem inneren Grunde. Ist von den Gründern eine Vereinbarung der

[4]) vgl. StenB. d. RT. 1884 Bd. 4 S. 1015.

[5]) vgl. oben § 31.

[6]) Heymann S. 332.

fraglichen Art getroffen worden, so mußte dieselbe bei richtigem Verfahren nach Maßgabe des Art 209 b (= § 186) in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.[7]) Dann würden die Gründer für den Erwerb der Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Gegenstandes und die Höhe der Vergütung verantwortlich geworden sein.

Ist nun eine entsprechende Festsetzung im Gesellschaftsvertrag unterblieben, weil die Gründer sich darauf verließen, daß ihr tatsächlicher Einfluß auf die Gesellschaft genügen werde, die Vereinbarung, auch ohne daß sie der Gesellschaft gegenüber rechtsverbindlich geworden war, zur Ausführung zu bringen, so dürfen die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit der Gründer nicht enger begrenzt werden, als wenn bei der Gründung ordnungsmäßig verfahren worden wäre".

In dem geltenden Handelsgesetzbuch ist daher der Fall der qualifizierten Nachgründung schon rein äußerlich von dem der einfachen Nachgründung abgetrennt und einem besonderen Paragraphen (§ 208) unterstellt, denn die Voraussetzungen sind hier ganz andere: § 207 geht von einer bloßen Vermutung, § 208 dagegen von einem tatsächlichen Nachweise der Gesetzesumgehung aus. Ferner aber erstreckt sich das Wirkungsgebiet der vorbeabsichtigten Nachgründung auf den Erwerb von Vermögensgegenständen schlechthin. Es ist jetzt also gleichgültig, ob es sich um einen Erwerb von Anlagen oder unbeweglichen Gegenständen handelt, gleichgültig, ob die Vergütung 10 % des Grundkapitals oder weniger beträgt, gleichgültig, ob es sich um eine Grundstücksgesellschaft oder eine andere Gesellschaft handelt.

Auch nach früherem Rechte genügte es u. E. bei erweislicher Umgehung der Gründungskautelen nicht, daß die Formen des Art. 213 f. Abs. 1—4 befolgt wurden. Das erscheint durch die jetzige Fassung des Gesetzes aber außer Frage gestellt. Die Innehaltung der einfachen Nachgründungsvorschriften genügt also nur dann, wenn sich der Nachweis des Zusammenhangs

---

[7]) vgl. hierzu oben § 6 IV.

mit einer Gründervereinbarung nicht erbringen läßt. Liegt dieser Zusammenhang dagegen, wie bei der qualifizierten Nachgründung, offen zutage, so ist es bedeutungslos, ob die Formen des § 207 eingehalten werden.

III. Betrachten wir an der Hand der bisherigen Ergebnisse die oben dargestellten Meinungen der Literatur und Praxis, so ist folgendes festzustellen:

1. Mit Recht bezeichnen Staub,[8]) das Kammergericht,[9]) das OLG. Dresden[10]) und die oben in § 7 Abs. 2 zitierten Schriftsteller die Regelung der einfachen Nachgründung als einen äußersten Notbehelf des Gesetzes, falls es mangels einer nachweisbaren Umgehung der Gründungskautelen nicht gelingt, deren Befolgung zu erzwingen. Es rechtfertigt sich weiter der Schluß, daß es unzulässig ist, die Gesellschaft einstweilen ohne Rücksicht auf die geplante Übernahme zu konstituieren und letztere nur den Vorschriften über die Nachgründung zu unterwerfen. Der Registerrichter kann also, wie das Kammergericht mit Recht ausführt, nicht auf die Einhaltung der Formen des § 207 verwiesen werden und ist ebenso berechtigt wie verpflichtet, die Eintragung der Gesellschaft zu verweigern, falls er nach der Sachlage berechtigten Verdacht einer Umgehung der Gründungskautelen schöpft. Der mit einer Funktion der freiwilligen Gerichtsbarkeit befaßte Registerrichter wird in dem Antrag auf Eintragung um seine Mitwirkung beim Entstehungsvorgang der Gesellschaft angegangen und es kann ihm füglich nicht zugemutet werden, bei einem Verfahren mitzuwirken, das dem Willen des Gesetzes nicht entspricht. Seiner Pflicht muß sich der Registerrichter um so mehr bewußt sein, als er nach einmal geschehener Registrierung machtlos ist, wenn die Gesellschaft ihm einen den Erfordernissen des § 207 genügenden Vertrag vorlegt, denn die Nachgründungsverträge werden nur bei Gericht eingereicht, nicht aber im Handelsregister eingetragen (§ 207 Abs. 4).

---

[8]) Oben § 8.
[9]) Oben § 12 I Ziff. 1.
[10]) Oben § 12 II.

2. Das Gesetz läßt dagegen nicht, wie Pinner[11]) behauptet, gleichsam freie Wahl zwischen einem Gründungsübernahme- und einem Nachgründungsvertrag, die Beteiligten können auch nicht, wie Loewenfeld[12]) meint, nach Belieben darauf verzichten, einen Übernahmevertrag zu schließen. Daß ein Gesetzgeber ohne weiteres die Umgehung einer von ihm aufgestellten Vorschrift an einer andern Stelle ausdrücklich gutheißt, erscheint schon an sich ausgeschlossen.[13]) Dies gilt aber um so mehr für die Urheber der Novelle von 1884, die auf Grund der trüben Erfahrungen der Gründerperiode den Schutz der Gesellschaft gegen Benachteiligung durch Sachgründungen in ein förmliches System gebracht haben. Die Meinung, daß eine Alternative zwischen den beiden Vertragsarten bestehe, widerspricht aber auch dem oben entwickelten Prinzip der Nachgründungsbestimmungen. Das Gesetz will, daß in allen Fällen, wo Sachübernahmen im Gründungsstadium vereinbarungsgemäß geplant werden, das Erwerbsgeschäft schon durch die Gründer abgeschlossen und im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werde. Durch die Regelung der Nachgründung will es nur in bestimmten Grenzen hindernd wirken, wenn und soweit es sich außerstande sieht, die Befolgung der Gründungsvorschriften zu erzwingen. Die Innehaltung der Formen der einfachen Nachgründung genügt nur, wenn der Zusammenhang mit den Vereinbarungen im Gründungszeitraume nicht erweislich ist, und es ist also, um dies gegenüber Pinner besonders zu konstatieren, unzulässig, eine Geldgesellschaft ohne Rücksicht auf die geplanten Übernahmen zu errichten und dann die Objekte im Wege der Nachgründung zu erwerben. Der oben dargetane legislative Grund zur Schaffung der Nachgründungsbestimmungen hat — von ihrem Inhalte einmal ganz abgesehen — u. E. auch darin seinen deutlich erkennbaren Ausdruck gefunden, daß das Gesetz diese „Verträge der Gesellschaft“ nicht im 3. Titel des

---

[11]) vgl. oben § 9. Pinner hat diese Meinung in dem von ihm mit bearbeiteten Staubschen Komm. (vgl. dort 8. Aufl. S. 705 Einleitung zu § 207) übrigens aufgegeben.

[12]) vgl. oben § 10.

[13]) Fischer S. 592; vgl. auch Goldmann S. 892; Krüger S. 61.

III. Abschnitts unter „Geschäftsführung“ behandelt, sondern im 1. Titel unter den „Allgemeinen Vorschriften“, und zwar im engsten Zusammenhang mit den für die Gründung gegebenen Vorschriften.[14])

3. Das entscheidende Moment für die Befreiung der Bau- und Grundstücksgesellschaften von den Kautelen der einfachen Nachgründung liegt, wie wir gesehen haben, darin, daß sie die Grundstücke zur Weiterveräußerung, nicht zu dauerndem Besitze für sich selbst, erwerben. Bei ihnen ist der Erwerb von Grundstücken zwar „unabweislich“ in dem Sinne, daß Grundstückserwerb und -veräußerung den Gegenstand ihres Unternehmens bildet. Gerade deshalb aber kann bei ihnen aus einem nachträglichen Erwerbsgeschäft über Grundstücke nicht darauf geschlossen werden, daß die Gründer den Erwerb dieser bestimmten Objekte schon im Gründungsstadium beabsichtigt gehabt hatten. Diese Gesellschaften sind also — entgegen Loewenfeld[15]) — tatsächlich aus „Mangel an Verdacht“ von den einfachen Nachgründungsvorschriften ausgenommen worden. Ist dagegen ein Erwerbsgeschäft von ihren Gründern schon vor der Eintragung nachweislich vereinbart worden, so sind auch sie nicht frei von jeder Kautel, sondern unterstehen, wie jede andre Gesellschaft, den Vorschriften über die vorbeabsichtigte Nachgründung.

4. Endlich ist auch Fischers Ansicht[16]) nicht beizutreten. Fischer verkennt die Sachlage, wenn er meint, der Gesetzgeber habe in den Motiven zu Art. 213 f. zum Ausdruck gebracht, er wolle infolge der Schwierigkeit, eine Umgehung zu verhindern, bei den wichtigsten in Abs. 1 gekennzeichneten Fällen, gleichviel ob die Umgehung sich erweisen ließe oder nicht, auf die Durchführung des Prinzips des Art. 209 b (= § 186) verzichten. Die Erwägung, daß der Erwerb von Vermögensgegenständen nach der Eintragung noch möglich und daß hier Raum sei zu einer Umgehung der für Übernahmen im Gründungsstadium gegebenen Vorschriften, hat den Gesetzgeber

---

[14]) Krüger S. 61.
[15]) vgl. oben § 10.
[16]) vgl. oben § 11.

umgekehrt dazu geführt, den Schutz des Art. 209 b noch zu verstärken, indem er die Erwerbsgeschäfte kurz nach der Eintragung ähnlichen Erschwerungen, wie sie für die Übernahmen im Gründungszeitraume gegeben waren, unterstellte und so einer Umgehung der Gründungskautelen nach Möglichkeit vorbeugte. Wenn der Gesetzgeber nicht schlechthin jedes Erwerbsgeschäft innerhalb des tempus clausum von 2 Jahren in seiner Regelung einbezog, so geschah dies nicht, um nur die „typischen Gefährdungsfälle" von der Wirksamkeit der Gründungsvorschriften auszunehmen, sondern um jede Härte zu vermeiden. Seinen Ausgangspunkt bildete, wie wir gesehen haben, die Vermutung einer Gründerbeeinflussung. Jede Vermutung, mag sie in der Erfahrung auch noch so begründet sein, kann im Einzelfall auch einmal nicht zutreffen. Die Möglichkeit einer ernstlichen Gefährdung der Gesellschaft besteht aber nur bei einem erheblicheren Erwerbsgeschäfte. Deshalb ließ der Gesetzgeber der Gesellschaft jede Handlungsfreiheit, die sich mit seiner Absicht, eine Schädigung hintanzuhalten, noch vereinigen ließ. Die Urheber der Novelle von 1884 übersahen hierbei, daß für eine solche Beschränkung bei der qualifizierten Nachgründung kein Anlaß vorlag. Daß sie diese Lücke, wie Fischer meint, absichtlich gelassen hätten, erscheint nach der Entstehungsgeschichte des Art. 213 f. nicht wahrscheinlich. Das Grundprinzip dieses Artikels bildete die Verhütung einer heimlichen Gründerbeeinflussung. Diesem Fall widmete der Gesetzgeber seine ganze Aufmerksamkeit und begründete ihn ausführlich. In seinen Darlegungen in den Motiven tritt der Fall der einfachen Nachgründung derart in den Vordergrund, daß er der qualifizierten Nachgründung überhaupt nicht ausdrücklich gedenkt. Die auf die Terraingesellschaften bezügliche Ausnahmevorschrift ist, wie wir gesehen haben, erst von der Reichstagskommission, also gleichsam in letzter Minute, dem Artikel angefügt worden. Hiernach erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß auch diese „Lücke" bei der vorbeabsichtigten Nachgründung mehr auf einem Redaktionsversehen als der Absicht des Gesetzgebers beruhte. Mag dem auch sein, wie es wolle, die Einschränkungen waren ungerechtfertigt und sind deshalb mit Recht im jetzigen Gesetze beseitigt worden. Die

Folge dieser „Vervollständigung des Schutzes“ war aber nicht, daß der Gesetzgeber nun bei allen Umgehungen des § 186 Abs. 2 auf den Schutz des § 186 Abs. 4 verzichtete, ebensowenig wie er dies in der Novelle von 1884 hinsichtlich der dort in Abs. 1 genannten Erwerbsgeschäfte getan hatte.

§ 14.

Die Frage der Gesetzesumgehung.[1])

Im bisherigen ist wiederholt ausgesprochen worden, daß die vorbeabsichtigte Nachgründung eine „Umgehung“ der Gründungskautelen darstelle. Dieser in der Literatur[2]) allgemein gebräuchliche Ausdruck findet sich auch, wie wir gesehen haben, in den oben wiedergegebenen Motiven. Es fragt sich nun, ob man aus dieser „Gesetzesumgehung“, wie dies Staub und das OLG. Dresden[3]) tun, einen Schluß auf die Gültigkeit der vorbeabsichtigten Erwerbsgeschäfte selbst ziehen kann.

1. Da das Handelsgesetzbuch zu dieser Frage schweigt, kommen gemäß Art. 2 EG. z. HGB. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung. Nach § 134 BGB. ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Ob auch das zur Umgehung eines solchen gesetzlichen Verbots abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig sei, entscheidet das Gesetz nicht. Ein Blick in die Protokolle der 2. Kommission[4]) zeigt, daß bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein dahingehender Antrag zwar gestellt, vor der Abstimmung von dem Antragsteller aber wieder zurückgezogen worden ist. Die Protokolle bemerken hierzu, „die Entscheidung der Frage, ob ein Rechts-

[1]) vgl. hierzu die ausführlichen Darlegungen bei Loewenfeld § 10 S. 19 ff.

[2]) z. B. Brand S. 338 Ziff. 1; Lehmann zu § 208 Nr. 1; Pinner S. 821; Anschütz-Völderndorff S. 549; Goldmann S. 891; Ritter S. 257 Nr. 1; Lehmann-Ring S. 59 Nr. 1; Ring S. 215 Nr. 11.

[3]) Oben § 8 u. § 12 II.

[4]) Mugdan, Gesamte Mat. z. BGB. Bd. 1 S. 725.

geschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig sei, hänge ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm". Bezweckt also ein Gesetz, dem durch ein Rechtsgeschäft erstrebten wirtschaftlichen Erfolg entgegenzutreten, so ist, auch wenn in dem Verbotsgesetz nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft bezeichnet ist, jedes Rechtsgeschäft nichtig, das den durch das Verbotsgesetz bekämpften wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen bezweckt.[5]) Die Nichtigkeit kann sonach die Folge der Umgehung eines Verbotsgesetzes sein, jede Umgehung muß aber nicht Nichtigkeit zur Folge haben.

Anders verhält es sich mit den sogen. gebietenden Gesetzen. Diese legen für einzelne Kategorien von Rechtsgeschäften die Tatbestandsmerkmale fest, aus denen sich das Rechtsgeschäft begrifflich zusammensetzt, sie schreiben die Bedingungen vor, unter denen das Rechtsgeschäft wirksam werden kann. Fehlt es an den gesetzlichen Merkmalen, so tritt die gewollte Rechtswirkung nicht ein. Über das Schicksal des Rechtsgeschäfts, das an Stelle des durch das Gebotsgesetz geregelten etwa zustande kommt, ergibt sich aus dem Gesetze aber nichts.

II. Fragt man nun, ob § 186, dessen Umgehung ja die qualifizierte Nachgründung vor allem dient, ein Verbots- oder ein Gebotsgesetz ist, so fällt die Entscheidung ohne weiteres zugunsten der letzteren Möglichkeit aus. Das Gesetz verbietet es nicht, einen Erwerbsvertrag ohne Festsetzung im Gesellschaftsvertrag abzuschließen, es regelt umgekehrt die Bedingungen, unter welchen er gegenüber der Gesellschaft Wirksamkeit erlangt. Die Nichterfüllung dieser Bedingungen hat nicht die Unwirksamkeit des Vertrags überhaupt, sondern nur die gegenüber der Gesellschaft zur Folge. Deshalb will Loewenfeld[6]) im Anschluß an Endemann[7]) eine Gesetzesumgehung in unserm Falle überhaupt nicht anerkennen. Mit Rücksicht darauf aber, daß die Gründer durch die Hinausschiebung des Vertrags-

[5]) Planck Bd. 1 S. 243; Dernburg Bd. 1 § 19 S. 55 IV; Komm. d. RGRäte Bd. 1 S. 158; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 97 S. 243.

[6]) § 10 V S. 26.

[7]) Bd. 1 S. 48.

abschlusses auf die Zeit nach der Eintragung den strengeren Erfordernissen des § 186 mit der sich daran knüpfenden Prüfung und Verantwortung entgehen wollen, erscheint es unbedenklich, den allgemein gebräuchlichen Ausdruck beizubehalten. Aus dieser Umgehung kann aber, anders als bei den Verbotsgesetzen, kein Schluß über das Schicksal des vorbeabsichtigten Nachgründungsvertrags gezogen werden, die unmittelbare Folge ist vielmehr nur, daß ein Gründungsübernahmevertrag nicht zustande kommt.

III. Wenn Staub und das Oberlandesgericht Dresden[8]) sich zur Begründung ihres gegenteiligen Standpunkts auf eine Entscheidung des Reichsgerichts[9]) zum früheren Börsengesetz berufen, so übersehen sie, daß diese Ausführungen offenbar die Umgehung verbietender Gesetze im Auge haben. § 66 des früheren BörsenG. v. 22. 6. 1896, dessen Auslegung das reichsgerichtliche Urteil zum Gegenstand hat, versagte den Börsentermingeschäften in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister eingetragen waren, jede Wirksamkeit. Als Börsentermingeschäfte bezeichnete § 48 des genannten Gesetzes Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waren oder Wertpapieren auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, welche nach den Geschäftsbedingungen abgeschlossen wurden, die von dem Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt worden waren, sofern für die an der betreffenden Börse abgeschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung der Terminpreise erfolgte. Börsentermingeschäfte eignen sich besonders zur Spekulation auf die Differenz, indem man im voraus zu bestimmtem Preise verkauft, was man nicht besitzt, oder kauft, was man nicht zu erwerben gedenkt. Ist dann am Lieferungstage — am sogen. Stichtage — der Kurs niedriger als der vereinbarte Preis, so gewinnt der Verkäufer, ist der Kurs höher als der vereinbarte Preis, so gewinnt der Käufer, welcher à la hausse spekulierte, die Differenz desselben gegen den Kurs. Von derartigen Geschäften wollte das Börsen-

[8]) vgl. oben §§ 8 u. 12 II; Staub S. 723 Anm. 17.
[9]) RG. Bd. 44 S. 107 ff.

gesetz v. 22. 6. 1896 das geschäftsunkundige Publikum abhalten durch das Erfordernis der Eintragung in das Börsenregister. Da das Börsengesetz sonach dem wirtschaftlichen Erfolg entgegentreten wollte, mußte die in § 66 statuierte Unwirksamkeit auch jedes andere Rechtsgeschäft zwischen im Börsenregister nicht eingetragenen Personen treffen, welches den nämlichen materiellen Inhalt und die gleiche wirtschaftliche Natur und Zweckbestimmung hatte wie ein Börsentermingeschäft, auch wenn seine äußere Rechtsform sich mit der Begriffsbestimmung des § 48 nicht deckte. Dies hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung bejaht.[10])

Aus der Tatsache der Gesetzesumgehung kann sonach weder mit Staub die Nichtigkeit noch mit dem Oberlandesgericht Dresden die Unwirksamkeit der vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge hergeleitet werden, da § 186, dessen Umgehung das nachträgliche Erwerbsgeschäft dient, ein gebietendes Gesetz ist. Einen Rechtsgrundsatz, wie ihn das Oberlandesgericht Dresden aufstellt, „Rechtsgeschäfte, die zur Umgehung des Gesetzes erfolgten, seien unwirksam", gibt es in dieser Allgemeinheit selbst bei den Verbotsgesetzen nicht. Auch bei ihnen kommt es, wie wir gesehen haben, auf den wirtschaftlichen Zweck des einzelnen, gerade in Frage stehenden Gesetzes an. § 186 gehört aber gar nicht zu den Verbotsgesetzen.

§ 15.

Ergebnis.

I. Die einfachen Nachgründungsverträge sind äußerlich gewöhnliche Gesellschaftsgeschäfte, und nur ein vermuteter innerer Zusammenhang mit den Vorgängen bei der Gründung ließ den Gesetzgeber, wie wir gesehen haben, auch hier schützend und vorbeugend eingreifen. Ihr Zweck, eine Umgehung der Gründungskautelen zu verhüten, hat den einfachen Nachgründungsvorschriften ein diesen zwar ähnliches, aber dennoch verschiedenes

[10]) Auch RG. Bd. 61 S. 299 stellt nur die Umgehung eines Verbotsgesetzes der direkten Gesetzesverletzung gleich.

Gepräge gegeben: Der Kreis der betroffenen Objekte ist bedeutend enger gefaßt, die Bedingungen des Wirksamwerdens sind abweichend von § 186 geregelt, eine Gesellschaftskategorie (die Grundstücks- und Baugesellschaften) ist überhaupt von der Geltung der Vorschriften ausgenommen. Trotz aller Anpassung also eine völlig selbständige, in sich abgeschlossene Regelung.

Zwischen den beiden Arten der Nachgründung besteht nur ein loser Zusammenhang. Verschieden sind sie nach ihrem Ausgangspunkt, den bei der einen die bloße Vermutung, bei der andern der tatsächliche Nachweis einer Umgehung der Gründungsvorschriften bildet, verschieden hinsichtlich der Natur der Vertragsobjekte, hinsichtlich des Wertes derselben und hinsichtlich ihrer Stellungnahme gegenüber den Terraingesellschaften.

Dagegen reicht die vorbeabsichtigte Nachgründung durch die Gründervereinbarung, deren Ausführung sie darstellt, unmittelbar in das Stadium der Gründung hinein. Ebenso wie die Gründungsübernahme umfaßt sie jeden Erwerb von Vermögensgegenständen, ebenso wie diese unterstellt sie jede Art von Aktiengesellschaften ihrer Wirksamkeit. Aber nicht nur hinsichtlich des Vertragsobjekts und durch die allgemeine Geltung für alle Aktiengesellschaften gleicht sie der Gründungsübernahme, auch die von ihr statuierte Haftung deckt sich mit der Gründerhaftung. Ja, das Gesetz regelt die Haftung aus § 208 gar nicht besonders, sondern nimmt einfach auf die entsprechenden Paragraphen der Gründungsbestimmungen Bezug.

Während also die einfache Nachgründung nur ähnlich wie die Gründungsübernahme behandelt wird und besonderen, eigens für sie geschaffenen Regeln untersteht, behandelt das Gesetz die vorbeabsichtigte Nachgründung hinsichtlich des Vertragsobjekts, der Stellung gegenüber den Terraingesellchaften und der Schadensersatzpflicht als Gründungsübernahme. Hieraus ist zu schließen, daß sie auch in bezug auf ihre Gültigkeit nicht unter den Vorschriften des § 207, sondern unter § 186 steht. Die vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge sind also, ebenso wie die im Gesellschaftsvertrag nicht festgesetzten Abkommen über Sachübernahmen, **unwirksam** (§ 186 Abs. 4). Diese Unwirksamkeit besteht nur der Gesellschaft

gegenüber, ist also eine relative. Die Gesellschaft kann den Verträgen durch ihre Genehmigung gemäß § 177 BGB. volle Wirksamkeit verleihen. Die Genehmigung ist aber durch § 186 an die Form einer nachträglichen Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag im Wege einer Statutenänderung gebunden. Alles, was über die Wirksamkeit der Gründungsübernahmeverträge gesagt worden ist, gilt auch hier; es kann deshalb allenthalben auf die Ausführungen oben in § 4 verwiesen werden.[1])

II. Dem von Loewenfeld[2a]) gekennzeichneten Unterschied zwischen der Sachübernahme und den übrigen Fällen der qualifizierten Gründung (§ 186) kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß sich daraus eine unterschiedliche Behandlung der ersteren rechtfertigte. Das Gesetz regelt alle Abkommen in § 186 Abs. 4 gleich und erklärt sie mangels Festsetzuug im Gesellschaftsvertrag für unwirksam. Es geht deshalb u. E. nicht an, entgegen dem Wortlaute des Gesetzes für das eine Abkommen eine Möglichkeit des Wirksamwerdens für zulässig zu erklären, die für die andere nicht gegeben ist. Hierzu kommt, daß gerade durch Sachübernahmen am ehesten eine Übervorteilung der Gesellschaft herbeigeführt werden kann, die Bedingungen des Wirksamwerdens bei ihnen also keinesfalls leichtere sein dürfen als bei den übrigen Fällen des § 186. Vom Augenblick der Eintragung ist die Gesellschaft zwar handlungsfähig und könnte sich also selber gegen Benachteiligungen schützen. Diese von Loewenfeld betonte Entschlußfreiheit der Gesellschaft ist hier aber nur eine scheinbare. Es kann und wird, wie die Verhältnisse liegen, die von einem oder einigen einflußreichen Gründern getroffene Abmachung die entstandene Gesellschaft tatsächlich genau so binden, als wenn eine Festsetzung im Gesellschaftsvertrag erfolgt wäre. Wenn man also, wie Loewenfeld dies mit Recht tut, für die übrigen Fälle der qualifizierten Gründung zum Wirksamwerden eines nicht festgesetzten Abkommens nachträgliche Aufnahme in den

---

[1]) Im Ergebnis ebenso Brand S. 538 Ziff. 2d (vgl. oben § 7 Abs. 2); auch Staub S. 784, jedoch mit anderer Begründung (s. oben § 8).

[2a]) Oben § 10 Abs. 3.

Gesellschaftsvertrag fordert, so muß man dies auch hinsichtlich der Sachübernahme tun. Dabei kann es unmöglich, wie dies neben Loewenfeld auch Makower annimmt, einen Unterschied ausmachen, ob das Abkommen vor oder nach der Errichtung der Gesellschaft abgeschlossen wird. Schließen die Gründer den Vertrag mit dem dereinstigen Sachüberlasser vor der Errichtung, so handeln sie als die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, der Vertrag wirkt aber trotz ihrer Vertretungsmacht nicht gegenüber der Vertretenen, weil der zweite Akt des Gesamttatbestandes eines Gründungsübernahmevertrags, die Festsetzung im Gesellschaftsstatut, noch nicht vollzogen ist.[2]) Erfolgt der Vertragsschluß erst nach der Errichtung bis zur Eintragung der Gesellschaft, so handeln die Gründer als „Vertreter ohne Vertretungsmacht", und der Vertrag bedarf gemäß § 177 BGB. der Genehmigung der Gesellschaft. Die Genehmigung ist aber durch § 186 an die Form einer Statutenänderung gebunden. Mit Recht verlangt also das Reichsgericht[3]) für alle Fälle der qualifizierten Gründung zur Heilung der Unwirksamkeit, sei das Abkommen vor oder nach der Errichtung abgeschlossen, nachträgliche Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Es sei hier besonders auf das Urteil v. 10. 1. 1908 hingewiesen,[4]) in dem das Reichsgericht in bezug auf ein nicht festgesetztes Abkommen über Sachübernahmen ausspricht, „die Ansicht, solche Verträge erlangten nach der Eintragung durch formlosen Abschluß oder formlose Genehmigung Rechtswirksamkeit, sei unrichtig, denn die Rechtswirksamkeit gegenüber der Gesellschaft trete nach § 186 Abs. 4 nur durch nachträgliche Änderung des Gesellschaftsstatuts ein".

Was hier über die im Gründungsstadium abgeschlossenen Abkommen gesagt ist, gilt auch für die vorbeabsichtigten Erwerbsgeschäfte nach der Eintragung, da die qualifizierte Nachgründung hinsichtlich der Gültigkeit den Vorschriften des § 186 folgt.

---

[2]) vgl. oben § 4 I.

[3]) Oben § 12 III Ziff. 1; ebenso auch Lehmann-Ring (oben § 7 Abs. 2).

[4]) § 12 III Ziff. 1 c.

III. Wenn Staub und Loewenfeld bemerken, § 186 könne auf den Fall, wo im Gründungsstadium bindende Abmachungen nicht getroffen wären, keine Anwendung finden, da hier die Verpflichtung der Gesellschaft nicht im Gründungsstadium, sondern erst später einträte, so identifizieren sie offenbar die Gründervereinbarung mit dem im Gesellschaftsvertrag nicht festgesetzten Abkommen über Sachübernahmen im Sinne des § 186 Abs. 4. Bei Staub folgt das auch daraus, daß er im Anschluß an das Zitat der Stelle aus den Motiven, „bei richtigem Verfahren hätte die Vereinbarung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen“,[5]) bemerkt, „über die Frage, ob die Gründervereinbarung gültig sei, sage der Paragraph (§ 208) nichts und wolle nichts sagen, da hierüber § 186 bestimme“. Auch das Reichsgerichtsurteil v. 12. 1. 1907[6]) scheint auf diesem Standpunkte zu stehen. Es stellt den Fall des festgesetzten Abkommens über Sachübernahmen der Gründervereinbarung, die im Gesellschaftsvertrag nicht aufgenommen sei, gegenüber, als ob eine Festsetzung der Vereinbarung an sich möglich wäre. Demgegenüber haben wir oben in § 6 dargetan, daß zwar das Abkommen im Sinne des § 186 Abs. 4, nicht aber die Gründervereinbarung ein nach allen Richtungen perfekter Vertrag zu sein braucht, und daß sich die beiden Begriffe keineswegs decken. Da nun der vorbeabsichtigte Nachgründungsvertrag unter den gleichen Bedingungen, wie das nicht festgesetzte Abkommen, nach der Eintragung Wirksamkeit erlangt, ergibt sich, daß § 186 auch auf den Fall Anwendung finden kann, wo im Gründungsstadium keine festen Abmachungen getroffen sind, falls diese unverbindlichen Vereinbarungen nach der Eintragung durch vorbeabsichtigte Nachgründungsverträge zur Ausführung kommen. Die Anwendbarkeit des § 186 folgt hier aber nicht aus dem Gesichtspunkte der Gründungsübernahme, sondern auf Grund der sich aus § 208 ergebenden analogen Geltung der Wirksamkeitsbestimmungen des § 186.

---

[5]) vgl. hierzu oben § 6 IV.

[6]) vgl. oben § 12 III Ziff. 2.

Hierauf beruhen offenbar auch die Darlegungen des Kammergerichts im Beschluß v. 6. 10. 1902[7]): „§ 186 treffe alle Fälle, in denen das an sich bar zu zahlende Grundkapital den Abmachungen der bei der Gründung Beteiligten gemäß sofort ganz oder teilweise durch Gegenleistungen der Aktiengesellschaft für Sachen aufgezehrt werden solle, inwieweit sich die Abmachungen im Gründungszeitraume zu förmlichen Verträgen verdichtet hätten, erscheine ohne Belang". Die von den Gründern mit der Firma über den Bau der Kleinbahn getroffenen Vereinbarungen trugen zweifellos den Charakter einer „Gründervereinbarung". Die Verträge, die die Gesellschaft nach ihrer Entstehung dieser Vereinbarung gemäß mit der Firma abschließen sollte und nach aller Voraussicht abgeschlossen hätte, da ihr Bestand auf dem Bau der Kleinbahn beruhte, würden vorbeabsichtigte Nachgründungsverträge gewesen sein. Da auf sie § 186 analog anzuwenden gewesen wäre, rechtfertigt sich die Entscheidung des Kammergerichts.

Da Staub einerseits nicht § 186, sondern nur § 207 Platz greifen lassen will, wo keine bindenden Abmachungen im Gründungszeitraum vorliegen, und andererseits den Registerrichter für berechtigt erklärt, bei einem bloßen Verdacht der Umgehung der Gründungskautelen die Befolgung der Vorschriften des § 186 zu erzwingen, trifft ihn der von Loewenfeld[8]) erhobene Vorwurf der Inkonsequenz. Wenn man dagegen, wie dies hier geschieht, § 186 auf die vorbeabsichtigte Nachgründung analog anwendet, so erscheint das Eingreifen des Registerrichters nicht ungerechtfertigt, da er dann nur die Befolgung einer Vorschrift erzwingt, die nach der Eintragung ohnehin Anwendung finden würde.

IV. Wie hinsichtlich des Vertragsobjekts und der Schadensersatzpflicht, so steht die vorbeabsichtigte Nachgründung, um dies wegen der hohen Wichtigkeit dieses Punktes nochmals zu betonen, auch hinsichtlich der Gültigkeit unter § 186. Nicht ist § 207 eine Generalnorm für die Nachgründungen, so daß seine

[7]) Oben § 12 I. 2.
[8]) S. 17 § 9.

Vorschriften auf die vorbeabsichtigte Nachgründung mit Anwendung fänden, soweit § 208 nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt. Die qualifizierte Nachgründung ist vielmehr ein selbständiges Rechtsinstitut, das mit der einfachen Nachgründung nur in einem losen Zusammenhang steht. Die von unserm Ergebnis abweichenden Meinungen in der Literatur fußen zumeist auf der Ansicht, die vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge unterlägen hinsichtlich ihrer Gültigkeit gegenüber der Gesellschaft den gleichen Bedingungen wie die einfache Nachgründung.

Loewenfeld spricht dies ausdrücklich aus, wenn er darlegt, „die Rechtsfolge der Tatsache, daß der Vertragsschluß in Ausführung einer vor der Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung geschehe, sei nicht die Anwendung des § 186, sondern eine Verantwortlichkeit gemäß §§ 202, 205, 206; die vom Gesetz in § 208 normierte Haftung stelle zusammen mit den Vorschriften des § 207 eine andre Art der Vertragserschwerung dar, die Befolgung der Bestimmungen des § 207 mit der in § 208 ausgesprochenen Verantwortlichkeit genüge bei der qualifizierten Nachgründung".

Auch Fischer nimmt offensichtlich diesen Standpunkt ein. Er ist, wie wir wissen, der Ansicht, Art. 213 f habe die Vorschrift des Art. 209 b (= § 186) innerhalb seines Geltungsgebietes außer Wirksamkeit gesetzt. Weil nun § 208 seine Geltung auf den Erwerb von Vermögensgegenständen schlechthin erstreckt, so, schließt Fischer,[9]) sei jetzt jedes vorbeabsichtigte Erwerbsgeschäft gültig.

Staub[10]) ist schon auf Grund der „Gesetzumgehung" zur Entscheidung über die Frage der Gültigkeit der vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge gelangt. Ihm vermag § 208 hierüber also etwas Neues nicht mehr zu sagen. Staub erklärt demgemäß, „§ 208 beträfe lediglich das Verhältnis der Gesellschaft zu den Gründern". In Wirklichkeit regelt § 208 auch implizite das Verhältnis der Gesellschaft gegenüber dem Drittkontrahenten, und andererseits würde dieses ohne die Vorschrift des Paragraphen noch nicht klarliegen.

[9]) Oben § 11 a. E.

[10]) vgl. oben §§ 8 u. 14.

V. Fischer[11]) meint, auch im Gesetzestext des § 208 komme klar zum Ausdrucke, daß der Gesetzgeber den in den Formen des § 207 ausgeführten vorbeabsichtigten Nachgründungen die Gültigkeit zugesprochen habe, bei Annahme der gegenteiligen Ansicht sei die Existenz der §§ 207, 208 völlig unverständlich. Wir haben aber oben in § 5 gesehen, daß der vorbeabsichtigte Nachgründungsvertrag ein selbständiger, nach der Eintragung abgeschlossener obligatorischer Vertrag der Gesellschaft ist, während der von § 186 geregelte Gründungsübernahmevertrag von den Gründern im Gründungsstadium eingegangen wird. Beide Verträge stehen also selbständig nebeneinander, und es würde, selbst wenn man die Gültigkeit der qualifizierten Nachgründungsverträge einmal unterstellen wollte, dadurch die Unwirksamkeit der im Gründungsstadium abgeschlossenen, aber nicht festgesetzten Abkommen über Sachübernahmen nicht berührt werden. Fischer geht offenbar infolge der oben in § 5 II dargetanen ungenauen Ausdrucksweise des Gesetzes von der irrigen Annahme aus, der Gesetzgeber habe in § 208 den dinglichen Erwerb der Gesellschaft im Auge, so daß die Gründervereinbarung, die Fischer mit dem nicht festgesetzten Abkommen im Sinne des § 186 identifiziert, sich als das dazugehörige obligatorische Kausalgeschäft darstelle. In Wirklichkeit folgen bei der qualifizierten Nachgründung drei Akte aufeinander: Zuerst die von Gründern im Gründungsstadium getroffene Vereinbarung, die keine rechtliche Bindung der Gesellschaft bedeutet; in Ausführung dieser Vereinbarung zweitens der Abschluß des obligatorischen Erwerbsvertrags seitens der Gesellschaft nach ihrer Entstehung; dieser Vertrag bildet schließlich den Rechtsgrund für einen dinglichen Erwerb der Gesellschaft.

VI. Es bedarf nunmehr noch das Reichsgerichtsurteil vom 24. Juni 1910[12]) einer Erwähnung. Die Gründer haben hier an dem Tage, wo sie den Gesellschaftsvertrag über eine Bargründung feststellten, in unmittelbarem Anschluß an diesen Akt mit der Beklagten die Grundstückskaufverträge um das gesamte Grundkapital abgeschlossen. Hieraus erhellt, daß der

[11]) S. 592 und oben § 11.
[12]) Oben § 12 III Ziff. 3.

Erwerb der Grundstücke schon vor der Errichtung des Gesellschaftsvertrags vereinbart und die angebliche Bargründung eine verschleierte Sachgründung war. Es würde demzufolge, selbst wenn man dem Reichsgericht dahin folgen wollte, daß in dem Genehmigungsnachtrag v. 24. 1. 1902 der Abschluß eines selbständigen Vertrags zu erblicken sei, dieser Vertrag ein vorbeabsichtigter Nachgründungsvertrag sein. Die Gründervereinbarung, deren Ausführung er darstellt, hätte in dem unwirksamen ersten Kaufvertrag v. 27. 12. 1901 ihren zweifelsfreien Ausdruck gefunden. Wir kommen also dazu, dem zweiten Kaufvertrag v. 24. 1. 1902, wenn man ihn überhaupt als gegeben erachten will, nach § 208 die Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft abzusprechen. Das Reichsgericht übersieht in seinem Erkenntnis, daß für die Terraingesellschaften im Falle eines vorbeabsichtigten Erwerbsgeschäfts entgegen § 207 keine Ausnahmebestimmungen getroffen sind, und daß auf sie nach § 208, ebenso wie auf jede andere Gesellschaft, die Gültigkeitsvorschriften des § 186 Anwendung finden. Der Gesetzgeber hat die Grundstücks- und Baugesellschaften nur von den Kautelen des § 207 befreit, und zwar aus Mangel an Verdacht. Die Beweisführung Loewenfelds,[13]) § 186 könne um dessen willen nicht auf die Terraingesellschaften angewendet werden, weil er gegenüber § 207, von dessen Kautelen sie ja im Interesse ihres Geschäftsbetriebs befreit worden seien, eine noch viel erheblichere Erschwerung darstellen würde, beruht auf unzutreffender Grundlage. Nur weil der Verdacht einer Gründerbeeinflussung bei ihnen im Falle der einfachen Nachgründung regelmäßig nicht zutrifft, jedenfalls aus dem späteren Erwerbsgeschäft nicht ohne weiteres geschlossen werden kann, hat der Gesetzgeber in § 207 von der Anwendung der Kautelen bei ihnen Abstand genommen. Stellt sich jedoch, wie bei der vorbeabsichtigten Nachgründung, heraus, daß ein Grundstückserwerbsgeschäft seitens einer Terraingesellschaft ebenfalls schon vor der Eintragung vereinbarungsgemäß geplant worden war, so trifft auch sie aus § 208 das Erfordernis der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag.

---

[13]) § 10 a. E.

Ebenso verhält es sich endlich in dem von Fischer[14]) ohne Quellenangabe zitierten Falle, wo eine ursprüngliche Sachgründung infolge eines Konflikts mit den Revisoren in eine Bargründung „umgegründet" wird. Auch hier würde die etwa später vorgenommene Nachgründung zum Erwerbe der ursprünglich im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Anlage unwirksam sein, weil sie offensichtlich auf den Verabredungen bei der ehemaligen Sachgründung beruhen, also deren Ausführung darstellen würde.

Schlußbetrachtung.

§ 16.

Die Entscheidung über den Inhalt unseres § 208 hängt in der Hauptsache davon ab, ob man auf die Gültigkeit der vorbeabsichtigten Nachgründungsverträge § 207 oder § 186 analog anwendet. Die vorliegende Abhandlung hat sich für das letztere entschieden. Die in der Literatur hervortretende Unsicherheit rührt größtenteils von der Art und Weise der gesetzlichen Regelung her. Kann schon die zu allgemein erklärte Anwendbarkeit des § 202 auf die Haftung aus § 208[1]) nicht als ein glücklicher Griff des Gesetzgebers bezeichnet werden, so gilt dies um so mehr für die stillschweigende Verweisung auf die Gültigkeitsvorschriften des § 186. Es wäre deshalb wohl zu wünschen, daß der Gesetzgeber bei einer künftigen Revision des Aktienrechts die Vorschriften über die qualifizierte Nachgründung in dieser Hinsicht weiter ausgestaltete und insbesondere ausdrückliche Bestimmungen über ihre Wirksamkeit träfe.

---

[14]) S. 595.

[1]) vgl. hierzu oben § 3 I, 1.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.